

Die Regelung der vorläufigen Festnahme
im Kanton Zürich
im Vergleich mit den übrigen Kantonen und im Bund

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Elisabeth Fretz-Baumann
von Wetzikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Zürich 1986
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Regelung der vorläufigen Festnahme im Kanton Zürich

im Vergleich mit den übrigen Kantonen und im Bund

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Elisabeth Fretz-Baumann
von Wetzikon ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Zürich 1986
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Februar 1986

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Robert Hauser, der mich mit seinen Anregungen und Hinweisen bei der Ausgestaltung der Arbeit hilfreich begleitete.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem leider allzu früh verstorbenen Herrn Prof. Dr. Peter Noll, der mir die Idee für diese Arbeit gab und mir während der schwierigen Phase des Recherchierens wertvolle Hilfe gewährte.

Elisabeth Fretz



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507228_0036

Literaturverzeichnis

- Battaglia, J. Die Zwangsmittel im bündnerischen Untersuchungsverfahren, Diss. Zürich, 1976
- Bänziger, F./ Stolz, A.W. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1978
- Brühlmeier, B. Kommentar zur Aargauischen Strafprozessordnung, 2.A., Aarau 1980
- Clerc, F. Le procès pénal en Suisse Romande, étude de l'influence du Droit Français sur les lois de procédure en vigueur en Suisse Romande, Paris 1955
- derselbe Chronique helvétique trimestrielle in ZStrR 101 (1984) S. 415 ff.
- Fäh, L. Die Zwangsmittel im st.gallischen Strafrechtspflegegesetz vom 9. August 1954, Diss. Fribourg, 1963
- Giacometti, Z. Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1979
- Gilliéron, P.R. Procédure pénale vaudoise, code annoté, Lausanne 1969
- Glaser, J. Handbuch des Strafprozesses (aus "Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft") Bd. II Leipzig 1885
- Haller, W. Polizeigesetzgebung und Europäische Menschenrechtskonvention (aus "Recht als Prozess und Gefüge", Festschrift für Hans Huber) Bern 1981
- derselbe Die persönliche Freiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts (in Mélanges André Grisel, Tiré à part)
- Hangartner, Y. Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. II Grundrechte, Zürich 1982
- Häfelin/Haller Bundesstaatsrecht, S. 292

- Hauser, R. Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonventionen, in ZStR 95 (1978), S. 225 ff.
- derselbe Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 1.A., Basel 1978
- derselbe Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., Basel 1984
- derselbe Polizeiliche Eingriffe in die persönliche Freiheit und das Eigentum (Aktuelle Fragen zu Zwangsmassnahmen), Kriminalistik 1986, 207 ff.
- Huber, P. Die Stellung des Beschuldigten - insbesondere seine Rechte - in der Strafuntersuchung, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich, 1974
- Hug, Th. Der Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Diss. Zürich, 1980
- Huggenberger, J. Das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei Verbrechen und Vergehen im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich, 1947
- Hutzli, P. Verfassungsmässige bundesrechtliche Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess, Diss. Bern, 1973
- Jescheck, H.-H./Krümpelmann, J. Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht, Bonn 1971
- Kleinknecht, Th./Janischowsky, G. Das Recht der Untersuchungshaft, München 1977
- Lang, F. Die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der ostschweizerischen Kantone Zürich, Glarus, Schaffhausen, App.A.Rh., App.I.Rh., St. Gallen, Graubünden, Thurgau, Diss. Zürich, 1979
- Meyer, M. Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, Diss. Zürich, 1962
- derselbe Interpellation vom 4. September 1984 betreffend Missachtung der verfassungsmässigen Freiheitsrechte der Bürger durch die Polizei

III

- Nelles, U. Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht, Berlin 1980
- Noll, P. Strafprozessrecht, Skriptum, Zürich 1977
- Orlando, D.A. Die Praxis der Untersuchungshaft in Landbezirken des Kantons Zürich, Diss. Basel, 1978
- Pfenninger, H.P. Verbrechensbekämpfung und Mitwirkung des Publikums in: Probleme des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 1966, S. 75 ff.
- Poncet, D. Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978
- Roxin, C. Strafprozessrecht, 8.A., München 1980
- derselbe Strafverfahrensrecht, 17.A., München 1982
- Sandmeyer, M. Die Untersuchungshaft im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Bern 1909
- Sträuli, H. Gesetze betreffend die zürcherischen Strafrechtspflege, Teil 3: Gesetz betreffend des Strafprozess, Strafprozessordnung, Zürich 1924
- Streiff, H. Die Strafrechtspflege im Kanton Glarus, Darstellung und Kritik auf geschichtlicher Grundlage, Zürich 1948
- Studer, P. Die Untersuchungshaft im Kanton Luzern, eine Untersuchung der erstinstanzlichen strafrechtlichen Urteile des Jahres 1968, Diss. Basel, 1973
- Schubarth, M. Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, in ZSR Bd. 94, S. 465 ff.
- derselbe Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 3.Bd., Bern 1984, zu Art. 183
- Schütz, A. Die Kriminalpolizei im Kanton Zürich; ihre Eingriffe in die Freiheiten und Rechte der Bürger durch zwangsrechtliche Fahndungs- und Erforschungsmittel, Diss. Zürich, 1955

- Schweizer, M. Die Mitwirkung Privater bei der Strafverfolgung, Diss. Zürich, 1940
- Tarnutzer, H.-J. Die Stellung des Beschuldigten im Bündner Strafprozess, Diss. Bern, 1972
- Trechsel, St. Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Strassburger Rechtsprechung, in EuGRZ 1980, S. 514 ff.
- Ulrich, St. Der Angeschuldigte im zugerischen Untersuchungsverfahren, Diss. Zürich, 1974
- Widmer, A. Die Gestaltung des ordentlichen Untersuchungsverfahrens nach der Strafprozessordnung des Kantons Luzern, Diss. Zürich, 1978
- Willfratt, M. Die Verhaftung, Referat (in erweiterter Form) gehalten im WS 1961/62 (Kriminalistik)
- Zindel, A. Kosten- und Entschädigungsverfahren im Strafverfahren des Kantons Zürich, Diss. Zürich, 1972

Verzeichnis der Gesetze und Verordnungen

- Strafprozessordnung (StPO) des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919
- Antrag der Direktion der Justiz vom 21. Februar 1983 zur Totalrevision des Zürcher Strafverfahrens (Weisung und Gesetzestext)
- Antrag des Regierungsrates vom 23. Dezember 1981 zum Gesetz über das Polizeiwesen (Polizeigesetz) im Kanton Zürich (Weisung und Gesetzestext)
- Gesetz über das Strafverfahren im Kanton Bern vom 20. Mai 1928, Ausgabe 1981
- Gesetz über die Strafprozessordnung vom 3. Juni 1957, Ausgabe 1983 (Luzern)
- Strafprozessordnung des Kantons Uri vom 29. April 1980, Ausgabe März 1981
- Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz (Strafprozessordnung) vom 28. August 1974
- Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) des Kantons Obwalden vom 9. März 1973
- Verordnung über den Strafprozess (Strafprozessordnung) des Kantons Nidwalden vom 3. Juli 1976
- Strafprozessordnung des Kantons Glarus, erlassen von der Landsgemeinde am 2. Mai 1965, inkl. Aenderungen vom 3. Mai 1981
- Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940, Ausgabe 1981
- Strafprozessordnung für den Kanton Freiburg vom 11. Mai 1927, Ausgabe September 1982
- Strafprozessordnung des Kantons Solothurn vom 7. Juni 1970, Ausgabe Dezember 1978
- Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 15. Oktober 1931, Ausgabe 1976
- Bericht der Grossratskommission zur Teilrevision der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt (Ratschlag Nr. 7506), dat. 31. August 1984
- Gesetz betreffend die Strafprozessordnung (StPO) des Kantons Basel-Landschaft vom 30. Oktober 1941, Ausgabe 1980
- Strafprozessordnung des Kantons Schaffhausen vom 3. März 1909/ 4. Mai 1964
- Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen an den Grossen Rat über die Totalrevision der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 6. Dezember 1983
- Gesetz über den Strafprozess (Strafprozessordnung) des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1978
- Gesetz über die Strafprozessordnung für den Kanton Appenzell I.Rh. vom 27. April 1941, mit Revisionen vom 27. April 1969 und 29. April 1973
- Gesetz über die Strafprozessordnung für den Kanton Appenzell I.Rh. vom 27. April 1986

- Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954
- Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980
- Polizeiverordnung des Kantons St. Gallen vom 2. Dezember 1980
- Gesetz über die Strafrechtspflege (StPO) des Kantons Graubünden vom 8. Juni 1958
- Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) des Kantons Aargau vom 11. November 1958 (mit späteren Aenderungen)
- Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) des Kantons Thurgau vom 30. Juni 1970
- Polizeigesetz des Kantons Thurgau vom 16. Juni 1980
- Codice di procedura penale del 10 luglio 1941, Ausgabe August 1982 (Tessin)
- Code de procédure pénale du 12 septembre 1967, Ausgabe 1981 (Waadt)
- Polizeigesetz des Kantons Waadt vom 17. November 1975 (Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975)
- Règlement du 30 juin 1976 (application de la loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975) (Waadt)
- Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962, Stand am am 31. Dezember 1981
- Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Wallis vom 20. Januar 1953
- Gesetz betreffend die Uebertretungen von Polizeivorschriften (Wallis), angenommen vom Grossen Rat des Kantons Wallis am 8. Februar 1944
- Code de procédure pénale neuchâtelais du 19 avril 1945
- Loi portant revision du Code de procédure neuchâtelais du 21 juin 1977
- Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (Genf)
- Code de procédure pénale du canton du Jura du 9 novembre 1978

Inhaltsübersicht

1. Kapitel : Allgemeine Vorbemerkungen	1
§ 1 Grundsatz der Garantie der persönlichen Freiheit	1
I Aus der Sicht der EMRK	1
II Aus der Sicht der Schweiz	1
III Persönliche Freiheit und ihre Beschränkung im Straf- und Strafprozessrecht	4
§ 2 Die vorläufige Festnahme: Allgemeine Ausführungen	8
I Definition und Bedeutung der vorläufigen Festnahme	8
II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme: Allgemeine Ausführungen	10
III Gewaltanwendung bei der vorläufigen Festnahme	10
IV Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus der Sicht der vorläufigen Festnahme	13
2. Kapitel : Die vorläufige Festnahme im allgemeinen und insbesondere im Kanton Zürich	16
§ 3 Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen	16
I Allgemeine Merkmale	16
II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen im einzelnen	19
III Der Spezialfall der Festhaltung durch Privatpersonen zur Feststellung des Tatbestandes durch die Polizei	24
IV Definition des Begriffs "Privatperson"	25
V Die besondere Problematik der vorläufigen Festnahme durch Private / Die Forderung nach einer möglichst klaren Regelung	27
§ 4 Hilfeleistung von Privatpersonen bei Verhaftung und vor- läufiger Festnahme durch die Polizei	28
§ 5 Die vorläufige Festnahme durch die Polizei	30
I Allgemeine Bemerkungen	30
II Die Voraussetzungen der polizeilichen Festnahme nach § 68 StPO Zürich	33

§ 6	Vorläufige Festnahme und Art des Delikts	50
I	Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur durch Polizeibeamte	50
II	Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur im Falle des Ergreifens auf frischer Tat	50
III	Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur unter den speziellen Voraussetzungen des § 339 StPO Zürich	51
IV	Gewaltanwendung bei der vorläufigen Festnahme von Uebertretungstätern	52
§ 7	Die formellen Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme	53
I	Allgemeine Bemerkungen	53
II	Die Regelung der formellen Voraussetzungen im einzelnen	53
§ 8	Neuere Bestrebungen zur Bildung eines Polizeigesetzes im Kanton Zürich	58
I	Geltende Rechtslage	58
II	Versuch zur Schaffung eines kantonalen Polizeigesetzes	61
§ 9	Die Forderung nach unverzüglicher Zuweisung des vorläufig Festgenommenen an den zuständigen Untersuchungsbeamten zur ersten Einvernahme	67
I	Die Regelung im Kanton Zürich	67
II	Die Regelung in den einzelnen Kantonen	70
§ 10	Vorläufige Festnahme und Hausdurchsuchung	76
I	Art. 8 EMRK als Grundlage	76
II	Das Hausrecht als Teil des von Art. 8 EMRK geschützten Rechtsgutes	76
III	Hausrecht und Strafverfahren	77
3. Kapitel :	Die vorläufige Festnahme in den übrigen Kantonen	81
§ 11	Bern	81
§ 12	Luzern	84
§ 13	Uri	86
§ 14	Schwyz	88
§ 15	Obwalden	91

§ 16	Nidwalden	94
§ 17	Glarus	96
§ 18	Zug	98
§ 19	Freiburg	100
§ 20	Solothurn	101
§ 21	Basel-Stadt	103
§ 22	Basel-Landschaft	107
§ 23	Schaffhausen	108
§ 24	Appenzell A.Rh.	111
§ 25	Appenzell I.Rh.	115
§ 26	St. Gallen	119
§ 27	Graubünden	124
§ 28	Aargau	126
§ 29	Thurgau	137
§ 30	Tessin	141
§ 31	Waadt	142
§ 32	Wallis	145
§ 33	Neuenburg	148
§ 34	Genf	149
§ 35	Jura	150
§ 36	Bundesstrafprozess	151
Anhang :	Antrag der Justizdirektion des Kantons Zürich vom 21 Februar 1983 zur Schaffung einer neuen Zürcher StPO	153

1. Kapitel

Allgemeine Vorbemerkungen

§ 1 Grundsatz der Garantie der persönlichen Freiheit

I Aus der Sicht der EMRK

A) Grundsatz

Die EMRK statuiert in Art. 5 die persönliche Freiheit als Grundrecht (Ziff. 1: "Jedermann hat ein Recht auf Freiheit und Sicherheit..."), das in vollem Umfange garantiert und unangetastet bleiben soll.

B) Ausnahmen

Von diesem Grundsatz der Garantie der persönlichen Freiheit lässt die EMRK jedoch Ausnahmen zu: In ganz bestimmten Fällen darf dieser Grundsatz eingeschränkt werden zur Wahrung höherer Interessen (EMRK Art. 5 Ziff. 1 lit. a-f) (1).

II Aus der Sicht der Schweiz

A) Grundsatz

In der Schweiz wird die persönliche Freiheit (2) von der Bundesverfassung einerseits und von den Kantonsverfassungen andererseits als negatives Freiheitsrecht garantiert.

-
- (1) vgl. dazu Hauser, Kurzlehrbuch, S. 15 f.; Huber, S. 162; Meyer, S. 153; Haller, Die persönliche Freiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, S. 95 ff.
 - (2) als eigentliches "Menschenrecht", so das Bundesgericht in 88 I 270 f.; vgl. dazu auch Hutzli, S. 149

Das Bundesgericht spricht von der persönlichen Freiheit als einem "ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes" (3) und folgert daraus, dass "...nicht geprüft zu werden braucht, ob sie (die persönliche Freiheit) durch die einzelnen Kantonsverfassungen ausdrücklich oder stillschweigend gewährleistet wird..." (4). In seiner Rechtspraxis betont das Bundesgericht die überaus grosse Bedeutung der persönlichen Freiheit, welcher als "Voraussetzung der Ausübung aller anderen Freiheitsrechte" in umfassender Weise ganz besonderes Gewicht zukomme (5).

B) Ausnahmen

Wie die EMRK erachtet auch das Bundesgericht in bestimmten Fällen Beschränkungen der persönlichen Freiheit als zulässig und mitunter sogar als notwendig. Solche Einschränkungen sind jedoch gemäss Literatur und Rechtspraxis an das Vorliegen von ganz konkreten Voraussetzungen gebunden (6): Gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse.

a) Gesetzliche Grundlage als Erfordernis

Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit hindert den Gesetzgeber nicht daran, Gesetze zu erlassen, die eine Beschränkung dieses Grundrechts vorsehen. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts erfordert jede Beschränkung der persönlichen Freiheit eine entsprechende gesetzliche Grundlage: "...Dieser Eingriff bedarf wie jeder andere Eingriff in die durch die persönliche Freiheit geschützten Rechtsgüter einer gesetzlichen Grundlage...", so BGE 89 I 99. Auch in seiner neueren Praxis betont das Bundesgericht die Notwendigkeit einer entsprechenden Gesetzesgrundlage, so u.a. in BGE 106 Ia 277 für den Fall der Freiheitsbeschränkungen während der Untersuchungshaft (7).

-
- (3) Hauser, die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der EMRK, ZStR 95 (1978), 15 ff. und dort zit. Entscheide
 - (4) u.a. BGE 89 I 98; gemäss BGer geht die kantonale Gewährleistung nicht über den Schutz durch die BV hinaus und besitzt daher keine selbständige Bedeutung.
 - (5) BGE 88 I 270, so auch zu diesem Kapitel Hauser, Kurzlehrbuch, S. 14
 - (6) Verhältnismässigkeit als dritte Voraussetzung spielt daneben eine sehr grosse Rolle, obwohl öff. Interesse und Verhältnismässigkeit in der Rechtspraxis oft nicht klar unterschieden werden (so Haller, a.a.O. S. 113); vgl. auch BGE 105 Ia 181
 - (7) zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei Einschränkung anderer Grundrechte: BGE 105 Ia 181, 106 Ia 28, 106 Ia 364

b) Oeffentliches Interesse als Erfordernis

Nach Literatur und Rechtspraxis gilt neben gesetzlicher Grundlage das Vorliegen von öffentlichem Interesse als weitere notwendige Voraussetzung für eine Beschränkung der persönlichen Freiheit (8). Eine Freiheitsbeschränkung liegt dann in öffentlichem Interesse, wenn das Interesse der Oeffentlichkeit an Einschränkung der Freiheit des Betroffenen grösser ist als das Interesse des Betroffenen an Aufrechterhaltung und Garantie seiner Freiheit im konkreten Fall.

Nach bundesgerichtlicher Rechtspraxis (9) darf jedoch auch bei Vorliegen von öffentlichem Interesse die Freiheit in keinem Fall völlig missachtet werden, sondern ein bestimmter Anteil an persönlicher Freiheit ist immer und in jedem Fall zu wahren und zu schützen. Dabei ist festzuhalten, dass sich keine allgemeingültige Regel aufstellen lässt bezüglich der Frage, in welchem Masse bzw. bis zu welchem Punkt die Freiheit des Einzelnen einschränkbar ist. Diese Frage muss von Fall zu Fall beantwortet werden; nur am konkreten Einzelbeispiel kann bestimmt werden, wie weit und ob überhaupt das öffentliche Interesse eine Freiheitsbeschränkung zu fordern berechtigt ist.

Gemäss Haller (10) darf ein Freiheitsentzug, "der über einen sehr kurzfristigen polizeilichen Gewahrsam hinausgeht", nur in den Fällen des Art. 5 Ziff. 1 EMRK erfolgen. Die Fälle des öffentlichen Interesses, welche einen derartigen Freiheitsentzug rechtfertigen könnten, seien dort abschliessend aufgezählt.

c) Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (11)

Bei der Antwort auf die Frage, ob im Einzelfall das Oeffentlichkeitsinteresse oder das Interesse des Individuums stärker hervortrete, muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden. Eine Gegenüber-

(8) dieses Erfordernis gilt ebenfalls für die Beschränkung der Grundrechte ganz allgemein (BGE 105 Ia 120, 106 Ia 94)

(9) BGE 90 I 34 ff.

(10) a.a.O., S. 112

(11) Hauser, Kurzlehrbuch, S. 166 (1.A.), S. 185 f. (2.A.)

stellung von Zweck und Mitteln ist unumgänglich, genauso wie eine Abwägung aller im konkreten Fall zu schützenden Rechtsgüter, um die in Frage stehenden Interessen der Öffentlichkeit, des Täters und der Strafverfolgungsbehörden gebührend berücksichtigen und ihrer Vordringlichkeit nach ordnen zu können.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert ein optimales Gleichmass zwischen angestrebtem Zweck und eingesetzten Mitteln. Im Einzelfall sollte immer geprüft werden, ob das angestrebte Ziel nicht auch durch milderer Vorgehen und mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden könnte (12).

III Persönliche Freiheit und ihre Beschränkung im Straf- und Strafprozessrecht

Gerade im Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts finden sich zum Teil sehr schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit des Einzelnen. Zu denken ist an Verhaftung, vorläufige Festnahme, Hausdurchsuchung und Massnahmen wie Versorgung, Einweisung in eine Trinkerheilanstalt etc. Solche sehr weitreichenden Beschränkungen der persönlichen Freiheit sind durch die Tatsache begründet, dass gerade auf diesem Gebiet gewichtige Interessen der Öffentlichkeit bestehen, die derartige Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich fordern.

Gemäss Bundesgericht muss bei einer solch schweren Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit, wie sie Verhaftung, vorläufige Festnahme, Untersuchungshaft etc. darstellen, das öffentliche Interesse derart gross sein, dass sich diese Freiheitsbeschränkungen geradezu aufdrängen. Je schwerwiegender ein Eingriff in die persönliche Freiheit des Einzelnen im konkreten Fall ist, umso grösser und fordernder muss somit das öffentliche Interesse an dieser Beschränkung im betreffenden Fall sein (13).

(12) so auch BGE 107 Ia 144

(13) BGE 95 I 241 E.6

Trotz des Vorliegens gewichtiger öffentlicher Interessen ist aber auch im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts eine Beschränkung der persönlichen Freiheit nur erlaubt, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage diese Freiheitsbeschränkung zulässt. Oft wird dabei in der Praxis die Auslegung der betreffenden Gesetzesbestimmung notwendig, um der Frage, ob und wie weit eine Beschränkung zulässig sein soll, in jedem Fall gerecht werden zu können.

Zur Verhinderung der Gefahr des Missbrauchs stellt die EMRK in den Artikeln 5 (14) und 6 einen Pflichtenkatalog auf, dem die einzelnen Staaten bei der Ausgestaltung ihrer eigenen Strafgesetze und Strafprozessordnungen und bei der Anwendung der entsprechenden Bestimmungen Rechnung tragen müssen. Die folgenden Punkte seien als Beispiele besonders wichtiger Bestimmungen aus diesem Katalog herausgegriffen:

- Art. 5 Ziff. 1 lit. c: Inhaftierung nur bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen wie Tatverdacht, Fluchtgefahr etc.
- Art. 5 Ziff. 3: Unverzügliche Zuführung des Inhaftierten vor den zuständigen Richter
- Art. 5 Ziff. 5: Entschädigung bei unrechtmässiger Haft

Eine Inhaftierung stellt immer einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen dar, welcher seine Berechtigung nur in entsprechender gesetzlicher Grundlage und im Vorliegen von entsprechendem öffentlichem Interesse finden kann. Je nach den Umständen des Einzelfalles (wie Ort und Zeit der Verhaftung, Dauer und Zweck der Inhaftierung etc.) kann eine Inhaftierung als Eingriff in den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen mehr oder minder schwer sein.

(14) Obwohl das Bundesgericht zwar eine "enge gegenseitige Wechselwirkung und Verflechtung zwischen den Grundrechten des Bundes und der Kantone und denjenigen der EMRK" annehme, schreibe es "jedoch eher davor zurück, im Einzelfall einer Konventionsbestimmung eine über die BV hinausgehende Freiheitsgarantie zu entnehmen". Dabei enthalte Art. 5 EMRK durchaus "Gebote, bei denen bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer Festnahme, der Rechte des Festgenommenen und des Schutzes der Privatsphäre durchaus eine selbständige, über den Schutz der BV hinausgehende Bedeutung" erkennbar sei. (Haller, a.a.O. S. 97)

Eine Festnahme anerkennt das Bundesgericht (15) wohl als Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen, stellt jedoch fest, dass eine Festnahme für die Dauer von vier bis sechs Stunden "kein schwerer Eingriff" sei, handle es sich dabei doch lediglich um einen kurzfristigen Freiheitsentzug. Darüber hinaus hält das Bundesgericht fest, dass es nach "Rechtsprechung der Konventionsorgane" sogar fraglich sei, ob Art. 5 EMRK überhaupt Gültigkeit habe für Fälle von derart kurzfristigem Freiheitsentzug.

Auch die Strassburger Rechtsprechung sieht in kurzfristiger Inhaftierung keine Verletzung von Art. 5 EMRK (16), wobei die Kommission in diesem Entscheid einen allgemeinen Grundsatz über die Definition der "Kurzfristigkeit" aufstellt: Ein Freiheitsentzug soll in all jenen Fällen keine Verletzung von Art. 5 EMRK darstellen, in denen die Inhaftierung "zu einem Zeitpunkt schon beendet" ist, "in welchem ein Gericht noch gar keine Zeit gefunden hätte, über die Rechtmässigkeit der Festnahme" zu entscheiden, sondern die Zuführung vor den zuständigen Richter und das "speditivste" gerichtliche Verfahren "mehr Zeit beansprucht" hätten, als die Inhaftierung dauerte.

Nach der Rechtsprechung scheint das Problem der kurzfristigen Inhaftierung ohne besondere Schwierigkeiten lösbar zu sein. Ob eine Festnahme in der Praxis - auch wenn die Haft nur wenige Stunden dauert - aber für den Betroffenen selbst tatsächlich nur als leichter Eingriff zu werten ist, scheint meines Erachtens mehr als fraglich. Während Trechsel nach eigenen Angaben (17) früher die Ansicht vertrat, ein kurzfristiger Freiheitsentzug werde im Sinne einer Ausnahme von Art. 5 EMRK nicht erfasst, glaubt er heute, dass eine derartige "Ausnahme" sich "mit der Konvention nicht vereinbaren" liesse. Der Autor betont im zitierten Werk seine Forderung nach Schutz durch die EMRK auch bei nur kurzfristigem Freiheitsentzug, obwohl er die besonderen Umstände, welche bei nur kurzfristiger Inhaftierung die vollständige Wahrung der Rechte des Inhaftierten teilweise verunmöglichen, durchaus zu erkennen scheint.

(15) BGE 107 Ia 138 ff., vgl. dazu meine Ausführungen zum Kanton Basel-Stadt, hinten S. 103 ff.

(16) Entscheid B Nr. 7376 DR 7, 123 in EuGRZ 1980, 517

(17) in "Garantie der persönlichen Freiheit, Art. 5 EMRK, in der Strassburger Rechtsprechung", EuGRZ 1980, 514 ff.

Auf eine andere Stufe stellt Trechsel Freiheitsbeschränkungen zum Zweck der Personen- und Sicherheitskontrolle durch die Polizei oder andere damit beauftragte Organe. Der Autor führt dazu aus (18), eine Freiheitsbeschränkung könne in diesen Fällen nicht mit "Verhaftung" gleichgesetzt werden, auch wenn sich der Betroffene zu diesem Zweck in Polizeigewahrsam befinde. Als massgebliches Kriterium sieht er hier den Zweck der Freiheitsbeschränkung: Liegt das Ziel in der Beschränkung der Freiheit selbst, so soll "Verhaftung" des Betroffenen vorliegen, wo dann der Schutz der EMRK Platz greift. Geht der Zweck des Gewahrsams jedoch über die Freiheitsbeschränkung als solche hinaus (wie bei der Personen- und Sicherheitskontrolle), kann gemäss dem erwähnten Entscheid Art. 5 EMRK nicht Platz greifen, da die Freiheitsbeschränkung in diesem Fall nicht das eigentliche Ziel, sondern nur Mittel zum Zweck ist.

(18) a.a.O., mit Hinweis auf ein Urteil des österreichischen Verfassungsgerichts in EuGRZ 1974, 5

§ 2 Die vorläufige Festnahme: Allgemeine Ausführungen

I Definition und Bedeutung der vorläufigen Festnahme

Die vorläufige Festnahme ist eines der Zwangsmittel, die der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stellt, um eine gerechte und wirksame Strafverfolgung zu ermöglichen oder zu erleichtern.

Das Institut der vorläufigen Festnahme ist in allen schweizerischen Strafprozessordnungen vorgesehen, wenn auch die Regelung in den einzelnen Kantonen zum Teil recht unterschiedlich ist. Im Kanton Zürich finden sich die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme in den §§ 68 - 73 der StPO, unter der Bezeichnung "Ergreifung eines Angeschuldigten ohne Haftbefehl" (1). Während die vorläufige Festnahme im Kanton Zürich ziemlich grosse Bedeutung hat (2), tritt sie in verschiedenen andern Kantonen eher hinter die Bedeutung der Verhaftung aufgrund eines Haftbefehls zurück.

Die Ueberschrift vor § 68 StPO Zürich "Ergreifung eines Angeschuldigten ohne Haftbefehl" weist auf das wichtigste Element der vorläufigen Festnahme hin: Während nach den Vorstellungen des Gesetzes eine reguläre Verhaftung nur aufgrund eines Haftbefehls vorgenommen werden darf (im Sinne des Vollzugs des Haftbefehls), liegt bei der vorläufigen Festnahme eine Inhaftierung ohne Haftbefehl vor. - Eine Inhaftierung ohne Haftbefehl sollte eine Ausnahme bleiben, stellt sie doch eine massive Freiheitsbeschränkung dar, die nur unter Vorliegen von ganz bestimmten Voraussetzungen geduldet werden darf, da sonst die Gefahr von Irrtum und Willkür äusserst gross wird. Der Gesetzgeber trägt dieser Gefahr und Problematik denn auch Rechnung und bindet die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme an das Vorliegen ganz besonderer Umstände: Eine vorläufige Festnahme ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung immer nur in Fällen von ausserordentlicher Dringlichkeit vorgesehen; in Fällen also, in denen aufgrund besonderer Umstände schnellstes, spontanes Handeln unerlässlich ist und

(1) vgl. meine Ausführungen zu den einzelnen Kantonen, hinten S. 81 ff.
 (2) Orlando, S. 92 ff.

keine Zeit mehr bleibt, um den Weg über den Erlass und den Vollzug eines Haftbefehls zu beschreiten. Schnelles Handeln ist notwendig, um den Täter zu ergreifen, um die Spuren der Tat zu sichern etc. Abwarten bis zur Ausstellung eines Haftbefehls könnte in den erwähnten dringlichen Situationen den Erfolg - die Ergreifung des Täters und die Sicherung der Beweislage etc. - erheblich erschweren, wenn nicht gar überhaupt verunmöglichen (3).

In der Literatur erscheint die vorläufige Festnahme oft im Vergleich mit der Untersuchungshaft, zum Teil wird sie gar als "Vorstadium" der Untersuchungshaft bezeichnet (4), zum Teil als deren Ergänzung (5). - Tatsächlich geht die vorläufige Festnahme - falls sie vorliegt - der Untersuchungshaft zeitlich voraus. Der Festgenommene wird "vorläufig" in Verwahrung genommen, bis dann in der Einvernahme durch den Untersuchungsrichter über sein weiteres Schicksal entschieden wird. Kommt der Untersuchungsrichter aufgrund der Einvernahme zum Schluss, die Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft seien nicht gegeben, hat er den Festgenommenen sofort auf freien Fuss zu setzen. Erhärtet sich aber der Verdacht aufgrund der Aussagen des Einvernommenen und liegt mindestens einer der vom Gesetz vorgesehenen Haftgründe (6) vor, wird der Untersuchungsrichter die Ausstellung eines Haftbefehls veranlassen und den Festgenommenen in Untersuchungshaft setzen.

Vorläufig ist die Festnahme aus dem Grunde, dass der Festgenommene nach bestimmter, vom Gesetzgeber ausdrücklich kurz angesetzter Frist vom Untersuchungsrichter einvernommen werden muss, der dann über den weiteren Verlauf (Freilassung des Betreffenden oder Verhängung von Untersuchungshaft) entscheidet.

Aus den gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass die vorläufige Festnahme wohl im Einzelfall Vorstadium der Untersuchungshaft sein kann, jedoch nicht generell als deren Vorstufe oder Ergänzung angesehen werden

(3) in diesem Sinne Meyer, S. 152 f.

(4) Jescheck/Krümpelmann, S. 646

(5) Meyer, a.a.O.; Der Autor spricht sich gegen eine Definition der vorl. Festnahme als "provisorische Verhaftung" aus, denn eine Untersuchungshaft könne "gar nie definitiv" sein.

(6) für den Kanton Zürich: § 49 StPO

darf, sondern eine für sich selbständige Form der Inhaftierung und für sich unabhängige Phase des Verfahrens darstellt.

II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme:

Allgemeine Ausführungen

Der Gesetzgeber hat in allen Kantonen grundsätzlich vermieden, detaillierte Regelungen bezüglich der formellen und materiellen Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme zu statuieren. Wichtigstes formelles Element ist ein negatives: Das Fehlen eines Haftbefehls. Die materiellen Voraussetzungen sind oft ganz allgemein gehalten, wobei subsidiär die Bestimmungen über die Verhaftung ganz allgemein gelten dürften.

Mit einer allgemein gehaltenen Formulierung ermöglicht der Gesetzgeber, der besonderen Situation jedes Einzelfalles am besten gerecht zu werden. Auch in Situationen, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte, kann schnelles Handeln im Sinne einer vorläufigen Festnahme notwendig sein, und gerade dies darf nicht durch zu enge Gesetzesbestimmungen verunmöglicht werden. Auf der andern Seite schliesst eine allgemeine Bestimmung immer die Gefahr des Missbrauchs in sich. Gerade bei der vorläufigen Festnahme ist es absolut notwendig, den Betroffenen vor der Willkür des Festnehmenden zu schützen. Der Grundsatz von Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit ist unbedingt zu beachten (7). Ist ein anderes Vorgehen im konkreten Fall denkbar, das weniger weitgehend in die Freiheit des Betreffenden eingreift, aber trotzdem die gewünschte Wirkung erzielt, sollte die vorläufige Festnahme hinter diesen mildereren Massnahmen zurücktreten (8).

III Gewaltanwendung bei der vorläufigen Festnahme

A) Gewalt durch die Polizei

Der Gesetzgeber des Kantons Zürich sieht für die Verhaftung ausdrücklich

(7) vgl. vorne S. 3

(8) Bsp. Beschlagnahme von Sachen zu Beweis Zwecken, Pass- und Schriftensperre, Verpflichtung zu regelmässiger Meldung bei einer Amtsstelle etc., vgl. dazu Hauser, Kurzlehrbuch, 2.A., S. 192 f.

vor, dass die Polizei bei Bedarf Gewalt anwenden dürfe, um die Verhaftung tatsächlich durchzusetzen (§ 61 StPO Zürich). In der Lehre ist man der einhelligen Ueberzeugung, dass dies auch für den Fall der vorläufigen Festnahme gelten muss (9). Auch eine vorläufige Festnahme muss unter gegebenen Voraussetzungen mit Gewalt erzwungen werden können, obwohl eine diesbezügliche Gesetzesbestimmung in den Strafprozessordnungen der meisten Kantone fehlt. Einzig der Kanton St. Gallen weist im Kapitel der vorläufigen Festnahme auf die Anwendung von Gewalt hin: Art. 97 Abs. 1 StPO ruft den Festnehmenden zu schonendem Vorgehen und zur Vermeidung von "unnötiger Gewaltanwendung" auf. Damit verweist der Gesetzgeber hier ausdrücklich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der ganz allgemein für jede Verhaftung und vorläufige Festnahme auch stillschweigend Gültigkeit haben sollte.

Sind sich die Autoren auch einig in der Befürwortung der Gewalt bei der vorläufigen Festnahme, so stellen doch einige von ihnen bei der Begründung ihrer Ansicht unterschiedliche Gesichtspunkte in den Vordergrund: Willfratt (10) geht aus von der Pflicht der Polizeibeamten, die Festnahme unter gegebenen Voraussetzungen durchzuführen. Sobald man eine diesbezügliche Pflicht der Polizei annehme, müsse man ihr gleichzeitig den Einsatz aller zur Verfügung stehenden Mittel, einschliesslich Gewalt, zugestehen, um diese Pflicht überhaupt erfüllen zu können (11). Auch hier ist unbedingt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit hinzuweisen. Meyer (12) sieht in der vorläufigen Festnahme durch die Polizei genauso wie in der Verhaftung "eine rechtmässige staatliche Handlung durch staatliche Organe", die gegebenenfalls mit Gewalt durchzusetzen sei.

Der Befürwortung der Anwendung von Gewalt bei der vorläufigen Festnahme ist zuzustimmen, sofern sie verhältnismässig ist und sich im Rahmen absoluter Notwendigkeit bewegt. Für die Verhaftung im Sinne des Vollzugs eines Haftbefehls (§ 61 Abs. 3 StPO Zürich) sieht der Gesetzgeber die Gewalt ausdrücklich vor. Sind nun in der konkreten Situation alle Voraussetzungen

(9) Willfratt, S. 12; Huggenberger, S. 123; Meyer, S. 162 ff.

(10) S. 12

(11) Daraus liesse sich der Schluss ziehen, dass Privatpersonen, die zur Festnahme nur berechtigt, nicht aber verpflichtet sind, keine Gewalt anwenden dürften.

(12) S. 162 ff.

für den Erlass eines Haftbefehls erfüllt, und kann dieser aufgrund der Dringlichkeit des Handelns allein aus Zeitgründen nicht mehr eingeholt werden, so muss trotz Fehlens dieser formellen Ermächtigung in genau so wirksamer Weise gegen den Betroffenen vorgegangen werden können. Art des Widerstandes, Anzahl und Stärke der festzunehmenden Personen, Umstände auf seiten des Festnehmenden etc. können Anhaltspunkte sein für das richtige Mass der Gewalt im konkreten Einzelfall.

B) Gewalt durch Privatpersonen

Neben der polizeilichen Festnahme ist in den meisten kantonalen Strafprozessordnungen bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen auch die Festnahme durch Privatpersonen vorgesehen (13). Auch eine vorläufige Festnahme durch Privatpersonen liegt im öffentlichen Interesse; aus diesem Grunde muss auch eine Privatperson unter gegebenen Voraussetzungen die Festnahme unter Anwendung von verhältnismässiger Gewalt durchsetzen können (14).

C) Problematik der Gewaltanwendung

Problematisch wird die Gewaltanwendung bei der Festnahme von Unschuldigen. Gerade die vorläufige Festnahme birgt eine grosse Gefahr von Irrtum und Willkür seitens des Festnehmenden. Jede Festnahme von Unschuldigen bedeutet einen massiven ungerechtfertigten Eingriff in die Freiheit des Betroffenen. Wird die Festnahme in einem derartigen Fall noch mit Gewalt erzwungen - allenfalls sogar durch den Gebrauch einer Waffe - erfährt dieser ungerechtfertigte Eingriff eine schwer zu akzeptierende Ausweitung.

(13) vgl. meine Ausführungen zu den einzelnen Kantonen, hinten S. 81 ff.

(14) wobei gewisse Einschränkungen zu beachten sind. Eine dieser Einschränkungen betrifft den Schusswaffengebrauch: Während der Schusswaffengebrauch durch die Polizei im Rahmen strikter Beachtung der Verhältnismässigkeit im Sinne von § 81 des DR für das Polizeikorps des Kantons Zürich erlaubt ist, müssen bei der Frage des Schusswaffengebrauchs durch Privatpersonen die Grenzen der Befugnis enger gesteckt werden. Angesichts der Gefährlichkeit der Schusswaffe, des Risikos möglicher Folgen, der mangelnden oder zumindest unkontrollierbaren Erfahrung der Privatpersonen im Umgang mit Waffen, darf hier im Interesse der Öffentlichkeit nur eine klare, eng gefasste Regelung Platz greifen: Schusswaffengebrauch durch Privatpersonen nur in Fällen von Notwehr! (vgl. dazu Hug, S. 32 ff.)

IV Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus der Sicht der vorläufigen Festnahme

Der Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich einerseits aus dem Willkürverbot gemäss Art. 4 BV ab; andererseits entspringt er direkt den Grundsätzen der EMRK, welche einzelne Aspekte des rechtlichen Gehörs besonders garantieren (15). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ganz allgemein umso wichtiger, je härter der zu treffende Entscheid in Rechte des Betroffenen eingreift, je grösser der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde ist und je unvollständiger die nachträglich zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sind (so BGE 105 Ia 193 ff.). – Gerade im Strafverfahren und ganz besonders im Falle der vorläufigen Festnahme, wo die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Beschränkung der persönlichen Freiheit ausserordentlich gross ist, wird der Anspruch auf rechtliches Gehör unerlässlich, um die Rechte und Bedürfnisse des Betroffenen zu wahren und ihn vor Willkür zu schützen.

A) Forderung nach sofortiger Ueberführung des Festgenommenen vor den zuständigen Untersuchungsrichter (16)

Es widerspricht dem rechtsstaatlichen Prinzip der persönlichen Freiheit, den Festgenommenen über längere Zeit hinweg im ungewissen Zustand (17) der vorläufigen Inhaftierung zu belassen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erfordert deshalb die sofortige Ueberführung des Festgenommenen zur Einvernahme vor den Untersuchungsrichter. Dies betrifft selbstverständlich nur jene Fälle, in denen die Polizei den Festgenommenen in Polizeihaft setzt, nicht aber solche Fälle, in denen die Polizei den Betroffenen in eigener Kompetenz ohne Zuführung vor den Untersuchungsrichter wieder freilässt. Die Forderung nach sofortiger Ueberführung vor

(15) Hangartner, S. 212

(16) zu den einzelnen Elementen des rechtlichen Gehörs: Hauser, die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts..., S. 249 ff.; ders., Kurzlehrbuch, 1.A., S. 135 ff., 2.A., S. 149 ff.

(17) ungewiss ist der Zustand für den Festgenommenen aus dem Grunde, dass er in jenem Zeitpunkt meist die Art der Beschuldigung noch nicht oder nicht ausreichend kennt und somit nicht weiss, was er zu erwarten hat

den Untersuchungsrichter kommt somit der Forderung nach möglichst kurzer Dauer der Polizeihaft gleich (18).

Alle kantonalen Strafprozessordnungen sehe eine sofortige oder zumindest baldige Einvernahme durch den zuständigen Untersuchungsrichter ausdrücklich vor (19). Damit stehen sie in Einklang mit den Bestimmungen der EMRK, die in den Artikeln 5 Ziff. 3 und 6 Ziff. 3 lit. a eine möglichst kurze Dauer zwischen Festnahme und Einvernahme des Betroffenen fordert.

B) Forderung nach Bekanntgabe der Beschuldigung und Aeusserungsrecht des Betroffenen

Die Garantie der persönlichen Freiheit verlangt einerseits Aufklärung des Festgenommenen über Art und Umfang der Beschuldigung und andererseits die Möglichkeit des Betroffenen, zu den vorgebrachten Vorwürfen Stellung zu nehmen. Aus diesem Grunde ist es absolut notwendig, dass der Untersuchungsrichter in der Einvernahme dem Angeschuldigten die Gründe, die zur Inhaftierung führten sowie Art und Umfang der Beschuldigung in aller Deutlichkeit darlegt. Dabei hat er ihm Gelegenheit zu geben, sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äussern, sich zu rechtfertigen und zu verteidigen (20). Dass diese Erklärungen des Untersuchungsrichters in einer dem Angeschuldigten verständlichen Sprache (21) abgegeben werden müssen, erscheint selbstverständlich (22). Nur auf diese Weise ist Gewähr geboten, dass der Betroffene sein Aeusserungs- und Verteidigungsrecht auch tatsächlich wirksam wahrnehmen kann und dieses Recht nicht nur rein theoretischen Charakter erhält.

(18) denselben Grundgedanken haben Hauser, die Untersuchungshaft im Licht des Verfassungsrechts ..., S. 250; und Schubarth, die Artikel 5 und 6 der Konvention..., S. 486; die Autoren betonen, der Inhaftierte sei möglichst bald "aus dem Machtbereich der Polizei" zu entfernen und der "Verantwortlichkeit des Richters" zu unterstellen.

(19) vgl. Ausführungen zu den einzelnen Kantonen, hinten S.70 ff.

(20) Hauser, Kurzlehrbuch, 2.A., S. 150; Schubarth a.a.O., S. 481 f.

(21) wobei allenfalls ein Dolmetscher beizuziehen ist

(22) Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK; gemäss BGE 102 Ia 379 ff. geht es bei dieser ersten Einvernahme darum, dass der Inhaftierte "so schnell als möglich Gelegenheit erhält, sich zu entlasten...", wichtig sei, dass der Betroffene tatsächlich "der Behörde zugeführt" werde und diese sich "nicht mit einem schriftlichen Verfahren" begnüge.

Trechsel (23) betont in diesem Zusammenhang, dass die "Informationspflicht" des Untersuchungsrichters gegenüber dem Betroffenen über die Gründe der Festnahme, Art und Umfang der Beschuldigung etc. nur "zu Beginn der Freiheitsentziehung" gegeben sei, jedoch keine Pflicht bestehe, "einen Häftling fortlaufend informiert zu halten". - Wichtig ist die vollumfängliche Information für den Inhaftierten vor allem in der erwähnten ersten Einvernahme durch den Untersuchungsrichter. Auch bei der Anordnung von Untersuchungshaft sind dem Inhaftierten die Gründe dafür klar darzulegen. Beschränkungen im Sinne von Trechsel sollten erst in einem späteren Stadium des Verfahrens und nur in jenen Fällen, in denen sie sich im Interesse der Untersuchung (z.B. bei Gefahr von Absprachen) aufdrängen, möglich sein. Willkürlich und daher mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar wäre es nach Schubarth (24), dem Angeschuldigten möglichst wenig Informationen zu geben, um dadurch von ihm allenfalls Anhaltspunkte über die Tatsachen zu erhalten, die den Ermittlungsbehörden noch unbekannt sind.

In einheitlicher Praxis hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden die Wichtigkeit und Notwendigkeit der Verteidigungsrechte des Angeschuldigten betont, wobei es in diesem Zusammenhang den Anspruch, "den Entlastungsbeweis mit allen feststellungsbedürftigen, erheblichen und tauglichen Beweisen zu führen", als eines der grundlegenden Rechte erachtet (25). In diesem Zusammenhang spielt das Äusserungsrecht (26) des Betroffenen eine zentrale Rolle. Gerade in der ersten Einvernahme durch den Untersuchungsrichter kommt der Ausübung dieses Rechts erhebliche Bedeutung zu, hat doch der Untersuchungsrichter im Anschluss an diese Einvernahme über das weitere Schicksal des Beschuldigten zu entscheiden.

(23) in EuGRZ 1980, S. 528 f.

(24) a.a.O., S. 482

(25) so BGE 101 Ia 170

(26) In Entscheid 99 V 188 erwähnt das BGer mit Hinweis auf BGE 96 I 323 und 527 das Recht, "sich vorgängig eines belastenden Entscheides zu äussern ..." als wesentlichen Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

2. Kapitel

Die vorläufige Festnahme im allgemeinen und insbesondere
im Kanton Zürich

§ 3 Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen

I Allgemeine Merkmale

Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen ist in den meisten Kantonen als Möglichkeit neben der polizeilichen Festnahme ausdrücklich vorgesehen, wobei die einzelnen kantonalen Strafprozessordnungen in der Ausgestaltung der Festnahme zum Teil erhebliche Unterschiede aufweisen (1).

Ganz allgemein sind folgende Merkmale der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen festzuhalten, die in allen kantonalen Regelungen Geltung beanspruchen:

- Privatpersonen sind zur Festnahme immer nur berechtigt, nicht aber verpflichtet. Meyer (2) sieht den Privaten in diesem Sinne in seiner Entscheidung über die Vornahme einer Festnahme als völlig frei; allein "Verantwortungsbewusstsein, Mut und Tatkraft" des Betreffenden sollen ausschlaggebend sein. Einzige Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der besondere Fall des Aufrufs der Polizei zur Hilfeleistung (3).
- Ein weiteres Merkmal bildet die Tatsache, dass die Befugnis der Privatpersonen im Zusammenhang mit der Festnahme weniger weit reicht als diejenige der Polizei. Diese Regelung ist zu unterstützen, denn die Strafverfolgung soll Primat der Polizei bleiben; Privatpersonen sollen nur im Ausnahmefall zur vorläufigen Festnahme berechtigt sein. Diese im

(1) Einzig der Kanton Freiburg enthält eine sehr knappe Regelung der vorl. Festnahme, welche eine Berechtigung für Privatpersonen nicht vorsieht; vgl. die Ausführungen zu den einzelnen Kantonen, S. 81 ff.
 (2) S. 160, vgl. auch Ausführungen zum Kanton Aargau, S. 126 ff.
 (3) im Kanton Zürich § 61 StPO

Vergleich mit der Polizei beschränkte Befugnis zeigt sich in zweierlei Hinsicht: Sobald eine Festnahme durch Privatpersonen erfolgt ist, muss der Polizei unverzüglich eine entsprechende Meldung gemacht werden. Eine Festnahme durch Privatpersonen ist zudem in manchen Fällen nur unter enger gefassten Voraussetzungen erlaubt.

Ueber die Natur des Handelns der Privatpersonen gehen die Meinungen der einzelnen Autoren auseinander: Kleinknecht/Janischowsky (4) sind der Ansicht, dass die Privatpersonen immer nur als Ersatz für fehlende Polizeikräfte handeln. Diese Auffassung vertritt auch Sandmeyer (5), er sieht in den Privatpersonen lediglich Stellvertreter der Polizei und "insofern Stellvertreter der Staatsgewalt". Anderer Meinung dagegen ist Schweizer (6), sie betont, der festnehmende Private handle nicht nur als Stellvertreter der Polizei, sondern kraft eigenen Rechts.

Sehr wichtig ist auf jeden Fall die Tatsache, dass die Befugnis der Privatpersonen hinter derjenigen der Polizei zurücktreten muss. Sobald die polizeilichen Organe den Festgenommenen übernehmen, bleibt für das Handeln von Privatpersonen kein Raum mehr. Eine Ausnahme davon bildet die erwähnte Hilfeleistungspflicht gegenüber der Polizei (7), welche privates und polizeiliches Handeln nebeneinander vorsieht.

A) Die Pflicht zur unverzüglichen Meldung an die Polizei

Einzelne Autoren (8) sehen vor, dass Privatpersonen, die eine Person festgenommen haben, diese sofort an die nächste Polizeistelle abzuliefern haben. Andere Autoren dagegen (9) fordern in einer allgemeiner gehaltenen Form lediglich die unverzügliche Mitteilung an die Polizei, um sie von der Festnahme in Kenntnis zu setzen.

(4) S. 99 f.

(5) S. 126

(6) S. 58 f.

(7) vgl. hinten S. 28 ff.

(8) als Beispiel Jescheck/Krümpelmann, S. 647

(9) u.a. Willfratt, S. 14; Huggenberger, S. 122

Nur in vereinzelt Kantonen findet sich die strengere Bestimmung, die die unverzügliche Ablieferung des Betreffenden an die Polizei vorsieht; die meisten kantonalen Strafprozessordnungen begnügen sich mit der unverzüglichen Benachrichtigung der Polizei.

Die Polizei ihrerseits ist in allen diesen Fällen der vorgängigen Festnahme durch Privatpersonen verpflichtet, die festgenommene Person "in Verwahrung zu nehmen" (§ 72 Abs. 1 StPO Zürich). § 72 Abs. 1 StPO Zürich spricht davon, der Ergriffene sei "ohne Untersuchung der Sache" in Verwahrung zu nehmen. Gemäss Abs. 2 soll sich die Polizei jedoch "über Namen und Wohnort dessen, der die Verhaftung vorgenommen hat, genau erkundigen". Willfratt (10) stellt sich voll und ganz hinter den Wortlaut dieser Bestimmung. Er befürwortet das Fehlen der polizeilichen Kompetenz zur Ueberprüfung der Rechtmässigkeit der Festnahme und erklärt, dadurch müssten die Privatpersonen, die die Festnahme vorgenommen hätten, die alleinige Verantwortung für ihr Handeln tragen, und es sei keine Abstützung auf die Polizei möglich. - Der Sinn einer privaten Festnahme kann jedoch nicht darin liegen, dem Privaten Verantwortung aufzubürden. Sinn und Zweck der Berechtigung von Privatpersonen liegen in der Unterstützung der polizeilichen Tätigkeit in jenen Fällen, in denen die Polizei selbst nicht zur Stelle ist, ein Eingreifen aber aus Dringlichkeitsgründen dennoch geboten ist. Gerade bei der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen besteht die grosse Gefahr der Ergreifung Unschuldiger. Aus diesem Grunde ist es unerlässlich, dass die Polizei gleich bei der Meldung der Festnahme erste Abklärungen vornimmt, bevor sie den Festgenommenen in Verwahrung nimmt. Auf diese Weise ist die Polizei in der Lage, zumindest offensichtlichen Irrtum oder Willkür bei der erfolgten Festnahme zu erkennen und den unschuldig Festgenommenen sofort wieder freizulassen. Die Festhaltung der Personalien im Sinne von § 72 Abs. 1 StPO Zürich dürfte angesichts des schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen in keinem Fall genügen zum Schutz des Festgenommenen. In diesem Sinne führt auch Meyer (11) aus, die Unterlassung einer derartigen ersten Ueberprüfung der Festnahme gleich an Ort und Stelle sei mit der "Freiheitsgarantie nicht vereinbar".

(10) a.a.O.

(11) S. 159 ff.; auch Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 177. führt aus, es wäre unbillig, der festnehmenden Privatperson das "Risiko eines schuldlosen Irrtums" bzgl. der festgenommenen Person aufzuerlegen, diene doch auch eine private Festnahme dem "öffentl. Interesse an wirksamer Strafverfolgung".

B) Festnahme durch Privatpersonen nur unter ganz bestimmten

Voraussetzungen

In der deutschen Literatur herrscht die einhellige Auffassung, dass die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen hauptsächlich als Selbsthilfemassnahme eines Geschädigten gegenüber seinem Schädiger vorkomme (12). Kleinknecht/Janischowsky (13) betonen aber, dass es nicht unbedingt notwendig sei, dass die festnehmende Privatperson in ihren eigenen Rechten getroffen werde, also zum Beispiel selbst geschädigt worden sei. Zutreffend führen die Autoren weiter aus, dass jede Festnahme, ob durch Privatpersonen oder durch die Polizei vorgenommen, nicht oder zumindest nicht ausschliesslich dem Privatinteresse diene, sondern im öffentlichen Interesse liege. Somit muss gleichgültig sein, ob die geschädigte Person selbst, oder, sofern die Voraussetzungen der Festnahme auch hier erfüllt sind, eine unbeteiligte Drittperson die Festnahme vornimmt. In vielen Fällen kann das Eingreifen von Drittpersonen sogar notwendig werden, nämlich in all jenen Fällen, in denen der Geschädigte nicht selber handeln will oder handeln kann.

Dieses "Selbsthilferecht" der Privatpersonen im Sinne der Berechtigung zur vorläufigen Festnahme erfährt Einschränkungen dadurch, dass es an das Vorliegen ganz bestimmter, vom Gesetz genau umschriebener Voraussetzungen gebunden ist, die im folgenden näher dargestellt werden.

II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen im einzelnen

A) Die Voraussetzung der Ergreifung in Flagranz

Der grösste Teil der Kantone lässt die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen unter der Voraussetzung des Ergreifens in Flagranz zu (14).

(12) so Jescheck/Krümpelmann, S. 647; für die Schweiz Willfratt, S. 13 f.
(13) S. 99 f.

(14) vgl. Huggenberger, S. 127; dazu die Ausführungen zu den einzelnen Kantonen, hinten S. 81 ff.

Vorerst ist eine Klärung des Begriffs notwendig. Die Voraussetzung der Flagranz wird in den einzelnen Bestimmungen, die dieses Erfordernis nennen, ganz unterschiedlich formuliert. Wendungen wie "frische Tat", "handhafte Tat", "in Flagranz", "in flagranti" umschreiben alle dieses eine Merkmal. Obwohl dieses Element in seiner Ausgestaltung in den einzelnen Kantonen zum Teil unterschiedliche Prägung aufweist, liegt doch allen diesbezüglichen Bestimmungen folgender Gedanke zugrunde: Eine Privatperson soll nur dann zur Festnahme berechtigt sein, wenn sie den Betreffenden "während der Ausübung der Tat oder unmittelbar hinterher" überrascht (15).

In der Literatur ist man sich darüber einig, dass der Begriff der Flagranz keinesfalls zu eng gefasst werden darf. So ist unbestritten, dass unter Flagranz nicht nur die Ergreifung des Täters unmittelbar in Ausübung der Tat zu verstehen ist, sondern die Definition des Begriffs dahingehend erweitert werden muss, dass auch die Verfolgung des auf frischer Tat ertappten und daraufhin geflüchteten Täters noch darunter fällt (16). Dabei muss die Verfolgung nicht einmal unmittelbar an die Entdeckung des Täters anschliessen. Dem Verfolger wird im Gegenteil Zeit eingeräumt, um die Verfolgung erst tatkräftig vorzubereiten, wobei unter diesen Vorbereitungen sowohl die Beschaffung von Hilfsmitteln als auch die Zuhilfenahme von weiteren Personen verstanden werden kann. Jescheck/Krümpelmann (17) unterscheiden ausdrücklich zwischen Flagranz in einfachem Sinne (18) und erweiterter Flagranz, der sogenannten Quasiflagranz. Quasiflagranz liegt demgemäss dann vor, wenn der Täter auf der Flucht vom Tatort erwischt wird, oder wenn der Täter mit Geräten und Werkzeugen oder sonstigen Gegenständen angetroffen wird, welche bei der Ausübung des Delikts gebraucht wurden oder mit der Tat in anderem Zusammenhang stehen (19), und zusätzlich erst eine kurze Zeitspanne zwischen Tatausübung und Antreffen der Person verstrichen ist. Dabei muss unbedingt darauf geachtet werden, dass trotz dieser zeitlich späteren Festnahme

(15) Jescheck/Krümpelmann, S. 647; Hauser, Kurzlehrbuch, 2.A., S. 190

(16) Kleinknecht/Janischowsky, S. 100; Huggenberger, S. 158; Meyer, S. 156 ff.

(17) a.a.O.

(18) Ergreifung in unmittelbarer Ausübung des Delikts

(19) ganz allgemein ist vorausgesetzt, dass der Täter noch irgendwelche Spuren der Tat trägt

unzweifelhaft feststeht, dass die festzunehmende Person mit der als Täter erkannten Person identisch ist (20).

Für das gesetzliche Erfordernis der Flagranz muss in jedem Fall genügen, dass die folgenden Elemente alternativ vorliegen:

- Ergreifung einer Person unmittelbar in Ausübung eines Delikts
- Ergreifung einer Person auf der Flucht vom Tatort
- Ergreifung einer Person mit Gegenständen, welche auf die Tat hinweisen

Alle strengeren Bestimmungen (21) sind als eine unnötige Komplizierung anzusehen, die dem Postulat einer möglichst einfachen und klaren Regelung der privaten Festnahme (22) nicht standhalten könnten. Auch Meyer (23) sieht bei alternativem Vorliegen dieser Elemente die Täterschaft des Betreffenden als praktisch irrtumsfrei und unzweifelhaft gegeben.

B) Die Voraussetzung des dringenden Tatverdachts

Die StPO des Kantons Zürich bildet (24) in dem Sinne eine Ausnahme, als sie das Merkmal der frischen Tat (Flagranz) nicht ausdrücklich erwähnt, sondern schon "dringenden Tatverdacht" als Voraussetzung der Festnahme durch Private genügen lässt, sofern dieser Tatverdacht auf "eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen" der festnehmenden Privatperson beruht (§ 69 StPO Zürich) (25).

-
- (20) so auch Meyer, S. 156 ff.: Eine zeitlich spätere Festnahme soll dann zulässig sein, wenn der Festgenommene auch später, vom Tatort entfernt, unzweifelhaft als Täter erkannt wird. Voraussetzung ist dabei, dass die festgenommene Person mit der gleichen Bestimmtheit als Täter erkannt wird, wie wenn sie in Ausübung der Tat angetroffen würde.
- (21) wie z.B. die Forderung des Vorliegens von mindestens zwei Elementen in kumulativer Art
- (22) vgl. nachstehend, S. 27
- (23) S. 158
- (24) zusammen mit wenigen andern Kantonen
- (25) so auch BGE 101 IV 402 ff. (Erw. 1b); No11, Strafprozessrecht, S. 78

a) Definition des dringenden Tatverdachts

Beim Versuch, den Begriff des dringenden Tatverdachts zu definieren, muss vor allem die Schwierigkeit der Abgrenzung zum einfachen Tatverdacht auf der einen und zum Merkmal der Flagranz auf der andern Seite auffallen. Nach Studer (26) erfordert der dringende Tatverdacht das Vorliegen einer "besonders starken Verdachtslage", einer Verdachtslage, die aus dem "Zusammenwirken einer Vielzahl von Informationen" entsteht (27), einer Verdachtslage, die aber "andererseits nicht dergestalt" sein muss, dass die Täterschaft "nahezu mit Sicherheit feststeht". Auch in dieser Formulierung äussert sich die Schwierigkeit, den für das Vorliegen von dringendem Tatverdacht notwendigen Grad der Wahrscheinlichkeit der Täterschaft des Betreffenden zu bezeichnen.

b) Eigene unmittelbare Wahrnehmungen gemäss § 69 StPO Zürich

Bei den Wahrnehmungen im Sinne von § 69 StPO Zürich handelt es sich entweder um direkte Wahrnehmungen des Tatgeschehens, indem die strafbare Handlung selbst beobachtet wird oder aber um indirekte Wahrnehmungen der Tat, indem lediglich Tatsachen und Vorgänge wahrgenommen werden, aufgrund derer man zwangsweise auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung schliessen muss (28).

An die Voraussetzungen der eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen dürfen im allgemeinen (29) keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es muss genügen, wenn zum Beispiel Tatwerkzeuge, Teile des Tatherganges etc. wahrgenommen werden. Niemals aber darf gefordert werden, dass die Privatperson den ganzen Tatablauf erkennt oder hätte erkennen sollen. Für die Autoren reicht aus, dass "vom Beobachter wahrgenommene

(26) S. 16 ff.

(27) wogegen für die Annahme von nur einfachem Tatverdacht im allgemeinen eine oder wenige entsprechende Informationen genügen dürften

(28) J. Glaser, Bd. II, S. 321 f.; BGE 101 IV 402 ff. Erw. 1b spricht von "Wahrnehmungen dringender Verdachtsgründe"

(29) so Kleinknecht/Janischowsky, S. 99 f.

Teile der Straftat ohne weitere Indizien den beobachteten Vorgang nach der Lebenserfahrung als Straftat erkennen lassen ...". Selbst Schuld-ausschliessungsgründe und Rechtfertigungsgründe fallen demgemäss richtigerweise ausser Betracht, sofern der Festnehmende vom Vorhandensein solcher Gründe nichts wusste und auch nichts wissen konnte.

Aus den vorangehenden Ausführungen ist ersichtlich, dass auch der Begriff des dringenden Tatverdachts im Sinne von § 69 StPO Zürich nicht überbewertet werden darf. Aus der Natur der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen ergibt sich, dass derart hohe Anforderungen, wie sie etwa die Präzisierung des einfachen zum dringenden Tatverdacht darstellt, an Private nicht gestellt werden sollten. In der Beurteilung, ob im einzelnen Fall nur einfacher oder aber dringender Tatverdacht vorliegt, dürfte der durchschnittliche Private überfordert sein. In diese Richtung weist auch Meyer: Er sieht die Grundlage jeder vorläufigen Festnahme im Vorliegen von "Täterschaftsverdacht" (30); aufgrund der wahrscheinlichen Schwierigkeiten seitens der Privatpersonen in der Beurteilung, ob und wann überhaupt "Täterschaftsverdacht" vorliegt, fordert er, die private Festnahme sei "zum vorneherein auf jene Fälle zu beschränken, bei denen Straftat und Täter feststehen, bei denen ein Zweifel darüber ausgeschlossen oder doch sehr unwahrscheinlich" sei. Diese "unzweifelhaften" Fälle sieht er in den drei genannten Elementen der Flagranz (31).

Aus diesen Ausführungen geht deutlich hervor, dass gerade bei der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen grosse Gefahr für Unzulänglichkeiten gegeben ist. Umso grössere Bedeutung muss daher der kurzen Ueberprüfung des Falles durch die Polizei anlässlich der Uebergabe des Festgenommenen zukommen (§ 72 Abs. 1 StPO Zürich). Liegen zum Beispiel offensichtliche Rechtfertigungsgründe für das Handeln des Festgenommenen vor, würde durch die Festnahme eine massive Unrechtmässigkeit begangen. Kann man die Vornahme eines derartigen ungerechtfertigten Eingriffs seitens einer Privatperson aufgrund ihrer mangelnden juristischen Kenntnisse und mangelnden kriminalistischen Erfahrung sowie zusätzlich unter dem Druck der Situation allen-

(30) den er aufspaltet in "Tatverdacht" und "Täterschaftsverdacht", S. 156 ff.

(31) vgl. vorne S. 21

falls noch nachsehen, würde diese Unzulänglichkeit dagegen ihre tolerierbaren Grenzen erheblich überschreiten, wenn auch die Polizei ohne Ueberprüfung die Verwahrung des Betroffenen bei sich fortsetzen würde.

§ 69 StPO Zürich scheint mit der Voraussetzung des dringenden Tatverdachts eine weniger strenge Voraussetzung zu fordern als die Bestimmungen derjenigen Strafprozessordnungen, die eine Ergreifung bei flagrantem Delikt vorsehen. Dies ist aber nur scheinbar der Fall. Tatsächlich liegen die Erfordernisse der Flagranz und des dringenden Tatverdachts sehr eng beieinander. Eigene unmittelbare Wahrnehmungen, auf die sich der dringende Tatverdacht im Sinne von § 69 StPO Zürich stützen soll, können nur Wahrnehmungen sein von Vorgängen, die mit der Tat in so engem Zusammenhang stehen, dass der Betreffende mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als Täter bezeichnet werden muss. Als derartige relevante "Vorgänge" kommen nur die erwähnten Elemente des flagranten Delikts in Frage (32). Somit sieht § 69 StPO Zürich für die private Festnahme indirekt genau dieselbe Voraussetzung vor wie andere Kantone, die das Merkmal der Flagranz ausdrücklich erwähnen.

III Der Spezialfall der Festhaltung durch Privatpersonen zur Feststellung des Tatbestandes durch die Polizei

Eine weniger weitgehende Einwirkung auf den Verdächtigen oder den Täter bedeutet die Festhaltung zum Zweck der polizeilichen Feststellung des Tatbestandes. Der Betroffene wird dabei solange in Schach gehalten, bis die Polizei eingetroffen ist und den gegebenen Tatbestand festgestellt hat. Willfratt (33) erblickt in diesem Vorgehen ebenfalls ein Selbsthilferecht des Privaten, das allerdings nicht so weit geht wie das Selbsthilferecht in Form der Festnahme des Täters.

Wie bei der vorläufigen Festnahme wird auch bei der Festhaltung die Hauptanwendung dem Geschädigten zukommen, der den Schädiger festhält, bis sich die Polizei ein Bild von der eingetretenen Situation gemacht hat. Selbstverständlich ist die Festhaltung auch Drittpersonen gestattet, die am Schaden nicht direkt beteiligt sind.

(32) vgl. vorne S. 21

(33) S. 14 ff

Rechtsgrundlage der Festhaltung bildet die Bestimmung über die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen (§ 69 StPO Zürich), die das Recht zur Festhaltung als weniger weitreichende Berechtigung gemäss dem Grundsatz "in maiore minus" in sich einschliesst (34).

IV Definition des Begriffs "Privatperson" (35)

Die vielgebrauchte Formulierung "Privatperson" verlangt eine Untersuchung, wer als solche festnehmende Privatperson in Frage kommt. § 69 StPO Zürich führt aus: "Ebenso ist jeder Private berechtigt ... sofern die Verdachtsgründe auf eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen beruhen." Die Zürcher StPO lässt mit ihrer allgemeinen Umschreibung eine grosszügige Auslegung zu. In diesem Sinne wären alle Personen zur Festnahme berechtigt, die eigene Wahrnehmungen machen können. Negativ formuliert bedeutet dies, dass diejenigen Personen ausgeschlossen sein sollen, die zu rechtlich relevanten Beobachtungen nicht fähig sind: Urteilsunfähige. Geistesschwache Personen sind in lichten Augenblicken durchaus zu massgeblichen Wahrnehmungen fähig. Ob man diesen Personen aber die Fähigkeit zur Festnahme selbst zusprechen kann, ist mehr als zweifelhaft. Eine Festnahme selbst bringt mancherlei Umtriebe mit sich, macht rasche Organisation und sofortige Vorkehrungen notwendig, um den Erfolg der Festnahme sicherzustellen. Zusätzlich ist die Mitteilung an die Polizei und eventuell sogar die Weiterführung des Betroffenen auf die Polizeistelle erforderlich. Dieser ganze Ablauf bringt schon für vollkommen gesunde Personen Schwierigkeiten, die ein nur zu bestimmten Zeiten lichter Geistesschwacher nicht allein bewältigen kann.

§ 69 StPO Zürich lässt keinerlei Schluss zu auf eine Einschränkung der Berechtigung auf mündige Personen. Der Gesetzgeber liesse somit sogar Kinder - sofern sie bereits urteilsfähig sind - zur Festnahme zu, vorausgesetzt, dass sie entsprechende Wahrnehmungen gemacht haben.

(34) Einzelne Kantone (St. Gallen, Graubünden) sehen für Privatpersonen nicht das Recht zur Festnahme, sondern ausdrücklich nur das Recht zur Festhaltung vor.

(35) berücksichtigt sind dabei Ausführungen von Schweizer, S. 58 ff.

Aufgrund der erwähnten besonderen Situation und der besonderen Gefahr, der sich ein Festnehmender aussetzt, ist es wohl sinnvoll und zweckmässig, dass festnehmende Privatpersonen Dritte zu Hilfe beiziehen können. Auch Drittpersonen, die die besondere Gefahrensituation erkennen und mithelfen, den Betreffenden festzunehmen, sollen vom Gesetz in ihrem Handeln geschützt werden. Oft ist es nur möglich, einen Täter zu überwältigen, wenn mehrere Personen zusammenwirken (36). Gemäss § 61 StPO Zürich ist das gemeinsame Vorgehen von mehreren Polizeibeamten erlaubt, was im Falle von § 69 StPO Zürich unbedingt auch für Privatpersonen gelten muss.

Die Wendung "eigene unmittelbare Wahrnehmungen" gemäss § 69 StPO ist somit extensiv auszulegen in dem Sinne, dass nicht nur der tatsächlich wahrnehmende Private, sondern auch Drittpersonen - obwohl sie eventuell aufgrund späteren Dazukommens von der unmittelbaren Tatausübung keine direkte Kenntnis haben - die sich an der Festnahme helfend beteiligen, sei es aus eigenem Antrieb, sei es auf Aufforderung einer andern Person hin, von der Gesetzesbestimmung gedeckt werden. In die gleiche Richtung weisen auch Kleinknecht/Janischowsky (37), wenn sie fordern, dass der wahrnehmende Private geschützt werde in seinem Handeln, auch wenn er zum Beispiel mit der Verfolgung der von ihm als Täter erkannten und geflüchteten Person zuwarte, bis er Vorbereitungen zur Verfolgung getroffen habe. Unter diese Vorbereitungen muss auch die Zuhilfenahme von Drittpersonen gezählt werden dürfen. Wie erwähnt besteht keine Pflicht, sondern nur eine Berechtigung von Privatpersonen, unter den entsprechenden Umständen eine Person festzunehmen. Aus diesem Grunde ist es dem einzelnen Bürger nicht zuzumuten, sich einer Gefahr für Leib und Leben auszusetzen, nur um den Täter bzw. den Tatverdächtigen selbst und allein festzunehmen. Die Beteiligung Dritter an der Festnahme muss gestattet sein, um die Gefahr für die einzelne Person zu verringern und auch, um die Festnahme tatsächlich zu ermöglichen und eine Flucht des Festgenommenen zu verhindern.

(36) im Falle der Beteiligung von Jugendlichen, älteren Personen etc. an einer Festnahme ist das Zusammenwirken mehrerer Personen absolut erforderlich

(37) S. 100

V Die besondere Problematik der vorläufigen Festnahme durch Private und die Forderung nach einer möglichst klaren Regelung

Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen kann in all jenen Fällen zentrale Bedeutung erlangen, in denen das Eingreifen der Polizei aus Dringlichkeitsgründen nicht abgewartet werden kann. Die dringlichen Umstände verlangen, dass die Anwesenden ohne Zögern spontan den Täter bzw. Tatverdächtigen ergreifen. Eine vorherige Meldung an die Polizei oder gar Abwarten bis zu deren Eintreffen würde wertvolle Zeit verstreichen lassen, sodass eine Festnahme des Betroffenen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich wäre oder anderweitiger Schaden bereits eingetreten sein würde (38).

Diese sehr grosse Bedeutung des Handelns von Privatpersonen fordert eine entsprechende Grundlage im Gesetz, die das Eingreifen der Betroffenen voll und ganz deckt. Die Regelung der privaten Festnahme muss möglichst einfach und klar ausgestaltet sein: Die mangelnde kriminalistische Erfahrung der Privatpersonen und die sich aus der besonderen Dringlichkeit ergebende Ausnahmesituation, in der sich der Festnehmende befindet, sind unbedingt zu berücksichtigen. Auch in der Literatur taucht im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen immer wieder die Forderung auf nach einer möglichst einfachen Regelung (39), um die Privatpersonen als "kriminalistische Laien" optimal zu erreichen. So warnt Huggenberger vor allzu grosser "Verklausulierung der Vorschriften, die die vorläufige Festnahme durch Private" regeln, obwohl auf der andern Seite gerade in diesem Bereich aufgrund der grossen Gefahr von Irrtum und Willkür eine möglichst detaillierte Umschreibung der Voraussetzungen zu wünschen wäre.

(38) zu denken ist hier an Ausübung eines unmittelbar bevostehenden Delikts oder an Flucht des Täters

(39) Huggenberger, S. 128; Meyer, a.a.O.

§ 4 Hilfeleistung von Privatpersonen bei Verhaftung und vorläufiger Festnahme durch die Polizei

Grundsätzlich sind Privatpersonen wie erwähnt gegebenenfalls zur Festnahme immer nur berechtigt, nicht aber verpflichtet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet die Pflicht von Privatpersonen zur Hilfeleistung bei einer polizeilichen Verhaftung: § 61 Abs. 3 StPO Zürich sieht vor, dass die Polizei berechtigt ist, nötigenfalls für den Vollzug des Haftbefehls die Hilfe von "an Ort und Stelle befindlichen Privatpersonen in Anspruch zu nehmen".

Die Pflicht zur Hilfeleistung soll gemäss der gesetzlichen Regelung primär für Fälle gelten, in denen eine Verhaftung im Sinne des Vollzugs eines Haftbefehls in Frage steht. Schweizer (1) dehnt diese Bestimmung jedoch auch auf Fälle der vorläufigen Festnahme aus. Dieser Auslegung des § 61 StPO Zürich ist zuzustimmen. Allgemein gilt der Grundsatz, dass die Bestimmungen über die Verhaftung sinngemäss auch auf die vorläufige Festnahme Anwendung finden könne, sofern für die Festnahme selbst keine Spezialbestimmung vorgesehen ist. Die Durchführung der Verhaftung im Sinne von § 61 und die Durchführung einer vorläufigen Festnahme beruhen auf denselben Grundgedanken. So ist es ohne weiteres vertretbar, die Bestimmung des § 61 StPO Zürich analog auch auf die vorläufige Festnahme anzuwenden.

Die Hilfe Privater ist vor allem dort bedeutsam, wo die Polizei allein nicht imstande wäre, die fragliche Person festzunehmen. Die Gründe, warum die Polizei der Hilfe Privater bedarf, können verschiedene sein. Die StPO des Kantons Zürich umschreibt die Situation in § 61 Abs. 3 wie folgt: "Gehorcht er nicht...". Je nach den gegebenen Umständen kann die Hilfe von privater Seite für die Polizei aufgrund des Ungehorsams und Widerstandes der zu verhaftenden Person äusserst wichtig werden.

Die Zuhilfenahme von Privatpersonen erscheint bei der vorläufigen Festnahme aufgrund der Unvorhersehbarkeit der konkreten Situation noch viel

(1) vgl. zu diesem Paragraphen: S. 60 ff., Pfenninger, S. 75 ff.

bedeutsamer als bei einer Verhaftung. Unvorhergesehene Umstände, wie sie einer vorläufigen Festnahme oft vorausgehen, können die Mithilfe von Privatpersonen vor allem dann erfordern, wenn es der Polizei angesichts der Dringlichkeit der Umstände nicht möglich ist, notwendige Verstärkung aus den eigenen Reihen zu organisieren.

§ 62 StPO Zürich sieht für den Fall der Verweigerung der Hilfeleistung die Möglichkeit der Verhängung einer "Ordnungsbusse von Fr. 5.-- bis Fr. 50.--" vor. Ausgenommen von dieser Bestrafung sind gemäss § 62 nur die Personen, die in einem engeren Verhältnis zum Festgenommenen bzw. Verhafteten stehen (2).

Einzelne Kantone sehen diese Hilfeleistungspflicht der Privatpersonen sogar ausdrücklich in den Spezialbestimmungen der vorläufigen Festnahme vor. So will Art. 73 Abs. 2 StPO Bern die Hilfeleistungspflicht für "jeder-mann", wenn "das Anhalten einer auf frischer Tat ertappten Person" in Frage steht, wobei auch hier die erwähnten Personen gemäss § 62 StPO Zürich (Angehörige, Angestellte etc.) von dieser Pflicht ausgenommen sind. Die StPO des Kantons Thurgau sieht in § 120 Abs. 2 ebenfalls vor, dass die Polizei "bei Festnahme und Verhaftung" die Unterstützung von anwesen-den Privatpersonen beanspruchen kann.

Uebereinstimmend sehen die erwähnten Kantone die Staatshaftung vor für Schaden, den die Privatpersonen infolge dieser Hilfeleistung erleiden (§ 61 Abs. 4 StPO Zürich, Art. 73 Abs. 3 StPO Bern, § 120 Abs. 3 StPO Thurgau).

Es fragt sich, ob der Gesetzgeber mit dieser Art der Verpflichtung von Privatpersonen, die die Hilfeleistung unter Androhung von Strafe bei Nicht-beachtung erzwingen will, nicht zu weit geht. Obwohl die Gefahr für Leib und Leben des helfenden Privaten im Sinne von § 61 StPO Zürich geringer erscheint als im Falle der selbständigen Festnahme gemäss § 69, kann sie sich in der konkreten Situation trotzdem zur unmittelbaren Lebensgefahr auswirken. An dieser Tatsache vermag auch die vorgesehene Staatshaftung für erlittenen Schaden nicht viel zu ändern. Wiedergutmachung von Schaden wiegt nicht gleich schwer wie Verhinderung desselben Schadens.

(2) vgl. Sandmeyer S. 114 ff.

§ 5 Die vorläufige Festnahme durch die Polizei

I Allgemeine Bemerkungen

Neben der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen sehen alle kantonalen Strafprozessordnungen auch die polizeiliche Festnahme - zum Teil ausdrücklich, zum Teil stillschweigend (1) - vor. Diese Handhabung erscheint selbstverständlich: In all jenen Fällen, in denen Privatpersonen in irgendeiner Form zur Beteiligung an der Strafverfolgung berechtigt sind, soll der Polizei als dem primärer Organ der Strafverfolgung ohne weiteres die entsprechende Kompetenz ebenfalls zukommen. Genau wie die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen unterliegt auch die polizeiliche Festnahme in den einzelnen Kantonen zum Teil ganz unterschiedlicher Regelung und wird vom Vorliegen ganz verschiedener Voraussetzungen abhängig gemacht.

Die polizeiliche und die private vorläufige Festnahme weisen in ihren Grundlagen einige unterschiedliche Merkmale auf, die überall Geltung beanspruchen, auch in jenen Kantonen, deren Strafprozessordnung nicht ausdrücklich trennt zwischen Polizei und Privatpersonen als zur Festnahme Berechtigten.

Frage der Berechtigung oder Verpflichtung zur Festnahme

Ein primäres Unterscheidungsmerkmal liegt in der Frage der Berechtigung oder Verpflichtung zur vorläufigen Festnahme. Während die Privatpersonen wie erwähnt unter gegebenen Voraussetzungen eindeutig immer nur befugt sein sollen, lässt sich diese Frage für die Polizei nicht zum vorneherein ohne weiteres beantworten, ohne die Stellung der Polizeibeamten näher zu betrachten.

Nicht alle kantonalen Strafprozessordnungen machen die Lösung dieses Problems so deutlich wie der Zürcher Gesetzgeber in § 68 StPO, wo es

(1) vgl. die speziellen Ausführungen zu den einzelnen Kantonen

(2) Ausnahme bildet die unter § 4 geschilderte Hilfeleistungspflicht der Privatpersonen.

heisst: "Jeder Polizeibeamte ist verpflichtet, eine Person festzunehmen, welche ...". Aus dieser Formulierung des Gesetzes geht klar die ausdrückliche Verpflichtung zur Festnahme der Polizei im gegebenen Fall hervor, dies umso deutlicher, als im nachfolgenden § 69 für die Privatpersonen nur noch von einer ausdrücklichen Berechtigung die Rede ist. Wie aber ist zum Beispiel die Bestimmung des Art. 95 Abs. 1 StPO St. Gallen zu werten, wonach die Polizei eine Person unter bestimmten Voraussetzungen vorläufig festnehmen "darf" ? - Hier sieht der Gesetzgeber scheinbar nur eine ausdrückliche Berechtigung, aber keine Verpflichtung der Polizei vor. Die Auslegung dieser Bestimmung ergibt aber folgende Lösung (3): Mit dieser Ausdrucksweise will der Gesetzgeber den betreffenden Polizeibeamten lediglich die grundlegende "notwendige Kompetenz" zur Festnahme erteilen. Aufgrund ihrer Amtspflicht sollen die Polizeibeamten unter den vom Gesetz genannten Umständen trotz der leicht missverständlichen "Darf"-Bestimmung zum Eingreifen verpflichtet sein.

Dieselbe Regelung finden wir unter anderem auch in den Strafprozessordnungen der Kantone Aargau (§ 72 Abs. 1), Obwalden (Art. 73 Abs. 1), Thurgau (§ 119 Abs. 1), Solothurn (§ 41 Abs. 1), Luzern (§ 52 Abs. 1), Schwyz (§ 29 Abs. 1 und 2). Auch hier müssen die vom Gesetzgeber formulierten "Kann"- und "Darf"-Bestimmungen dahingehend ausgelegt werden, dass er damit nur die notwendige Grundkompetenz zur Festnahme erteilen will, die Amtspflicht den Polizeibeamten im gegebenen Fall aber eine Verpflichtung zum Eingreifen auferlegt. Eine ausdrückliche Pflicht für die Polizeibeamten sehen dagegen - genau wie Zürich - unter anderem die Kantone Bern (Art. 72 Abs. 1), Appenzell A.Rh. (Art. 102 Abs. 1), Baselland (§ 46) vor.

a) Die "Jedermann"-Bestimmung des Kantons Aargau als Spezialfall (4)

Der Kanton Aargau stellt ein Beispiel jener Spezialfälle dar, die den Kreis der Berechtigten nicht ausdrücklich trennen in Amtspersonen und Privatpersonen. § 72 Abs. 1 StPO Aargau sieht vor: "Jedermann ist ... berechtigt...". Die StPO statuiert somit keine ausdrückliche Pflicht zur

(3) vgl. dazu Fäh, S. 29

(4) als ein Beispiel herausgegriffen aus einer Gruppe von Kantonen mit gleichen oder ähnlichen Bestimmungen, vgl. dazu die Ausführungen zu den einzelnen Kantonen

Festnahme, sondern nur eine Berechtigung für Jedermann, für Polizeibeamte wie für Privatpersonen (5). Wie ist hier die Frage der Amtspflicht der Polizeibeamten zu lösen? - Nach Meyer (6) ist die genannte Umschreibung wie folgt auszulegen: Die Polizeibeamten sollen nur angehalten sein, im konkreten Fall abzuwägen, ob die Umstände und das "öffentliche Interesse" eine vorläufige Festnahme erlauben oder gar fordern, wobei insbesondere das Element der Dringlichkeit der Situation Beachtung verlangt. Nach Ansicht des Autors ist auch bei Vorliegen der vom Gesetz genannten Voraussetzungen auf jeden Fall eine Interessenabwägung und Situationsbeurteilung notwendig, bevor eine Festnahme überhaupt vorgenommen werden darf. Meyer erblickt in den vom Gesetz genannten Voraussetzungen der Berechtigung zur Festnahme nur eine gesetzliche Vermutung von "Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit" der Festnahme unter den beschriebenen Umständen. "Andersartige Umstände" aber, die im Einzelfall stärker hervortreten, seien durchaus in der Lage, diese gesetzliche Vermutung umzustossen. Im weiteren betont Meyer dann aber auch das Vorliegen der "Amtspflicht" der Polizeibeamten, ohne jedoch genau zu erläutern, inwiefern sich diese Amtspflicht im konkreten Fall äussert. - Amtspflicht kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass die Polizeibeamten in einer Situation, wie sie § 72 Ziff. 1 bis 3 beschreibt, zu einer Interessenabwägung und Prüfung verpflichtet sind, dahingehend, ob die Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung aller in Frage stehenden Interessen und unter Beachtung des Grundsatzes von Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit eine Festnahme tatsächlich rechtfertigen.

Gemäss Auslegung des § 72 StPO Aargau im Sinne von Meyer bedeutet die Amtspflicht der Polizeibeamten nicht eine absolute Pflicht zur Festnahme in jedem Fall, den die Bestimmung als Voraussetzung umschreibt, sondern eine Pflicht zu prüfen, ob im konkreten Fall die Umstände eine vorläufige Festnahme tatsächlich erfordern. Drängt sich die Festnahme aufgrund der Ueberprüfung der Umstände aber auf, sind die Polizeibeamten auch zur Festnahme verpflichtet. Die Privatpersonen dagegen sollen völlig frei sein in ihrer Entscheidung betreffend Durchführung der Festnahme, sie trifft diesbezüglich keinerlei Verpflichtung.

(5) Brühlmeier (Komm. zu § 72 StPO Aargau) führt dazu aus, wenn schon jedermann, somit auch Private, berechtigt seien, gelte diese Berechtigung "erst recht auch für Polizeibeamte und andere Behörden".

(6) S. 157 ff.

b) Vergleich mit der Zürcher Regelung

Es stellt sich die Frage, ob auch die ausdrückliche Verpflichtung des § 68 StPO Zürich nach erwähnter Art zu interpretieren ist. Es ist offensichtlich, dass die Auslegung im Sinne von Meyer sehr hohe Anforderungen an das Ermessen des betreffenden Polizeibeamten stellt; insbesondere ist eine richtige Interessenabwägung in einer derartigen ausserordentlichen Situation auch für kriminalistisch erfahrene Polizeibeamte als sehr schwierig zu erachten. Die Forderung nach einer möglichst klaren und einfachen Regelung der vorläufigen Festnahme muss ebenfalls in bezug auf die polizeiliche Festnahme gelten (7). Auch die Voraussetzungen der polizeilichen Festnahme sollen in vernünftiger Einfachheit gehalten sein und an den festnehmenden Beamten nicht unnötige erschwerte Anforderungen stellen. In diesem Sinne ist die Bestimmung des § 68 StPO Zürich wohl so auszulegen, dass bei Vorliegen der vom Gesetz ausdrücklich genannten Umstände eine klare Verpflichtung der Polizeibeamten besteht, die Festnahme tatsächlich auszuführen (8). Obwohl damit der Ermessensspielraum des Festnehmenden hier mehr eingeschränkt wird als bei der Auslegung der Bestimmung im Sinne von Meyer, bleibt trotzdem die Notwendigkeit eines Ermessensentscheides auch im Falle von § 68 StPO Zürich bestehen: Die Frage der Relevanz der genannten Wahrnehmungen und die Glaubwürdigkeit der Drittpersonen gemäss Ziff. 2 (9) sind Wertentscheidungen, die der Beamte unter Abwägung der Umstände weitgehend nach eigenem Ermessen zu treffen hat.

II Die Voraussetzungen der polizeilichen Festnahme nach § 68 StPO Zürich

Unterschiedliche Merkmale der polizeilichen und privaten Festnahme zeigen sich auch ganz allgemein bei der grundsätzlichen Ausgestaltung der Voraussetzungen, unter denen eine Festnahme erlaubt sein soll. Während die Privatpersonen nur aufgrund eigener Wahrnehmungen, die auf dringenden Tatverdacht schliessen lassen, zur Festnahme befugt sein sollen (10), sind die Voraussetzungen der polizeilichen Festnahme vom Gesetzgeber weiter gefasst worden.

(7) vgl. vorne S. 27

(8) so auch Sandmeyer, S. 118

(9) vgl. nachstehende Ausführungen

(10) vgl. vorne S. 16 ff.

A) Die Voraussetzung von § 68 Ziff. 1: Flagranz

Gemäss § 68 Ziff. 1 ist die Polizei zur Festnahme einer Person verpflichtet, die "... ein Verbrechen oder Vergehen oder falls die Voraussetzungen des § 339 StPO zutreffen, eine Uebertretung in seiner Gegenwart verübt hat".

Diese Bestimmung verweist uns auf die Voraussetzung des flagranten Delikts. Dabei stellt sich die Frage, ob hier vom flagranten Delikt im Sinne von einfacher Flagranz oder aber von Quasiflagranz auszugehen ist. Die einfache Flagranz bedeutet speziell nur die Ergreifung des Täters in Ausübung der Tat, während sich die Quasiflagranz daneben auch auf Fälle ausdehnt, in denen der Täter auf der Flucht vom Tatort oder unmittelbar nach der Tatausübung mit irgendwelchen Spuren der Tat angetroffen wird (11).

Die Formulierung des Gesetzgebers in § 68 Ziff. 1 "ein Verbrechen oder Vergehen ... in seiner Gegenwart verübt hat ...", deutet scheinbar daraufhin, dass hier nur einfache Flagranz vorliegt. Die klare, knappe Ausdrucksweise scheint die zur Festnahme berechtigende Voraussetzung zu beschränken auf Fälle der Ergreifung in Ausübung des Delikts. Auffallen muss dabei aber die Wendung "verübt hat". Die Vergangenheitsform wurde vom Gesetzgeber wohl kaum zufällig gewählt. Diese Form muss vielmehr absichtlich darauf hindeuten, dass die Festnahme auch nach vollendeter Ausführung der Tat noch gerechtfertigt sein muss (12), basierend auf der erforderlichen Tatsache, dass der Festnehmende Augenzeuge der Tat wurde und somit gleichzeitig den Betreffenden unzweifelhaft auch später als Täter erkennen kann.

Hier ist davon auszugehen, dass die Berechtigung zur - auch zeitlich späteren - Festnahme einzig auf der Tatsache beruht, dass der festnehmende Polizeibeamte den betreffenden Täter eindeutig identifiziert, die Verfolgung aufnimmt und später die festzunehmende Person ohne Zweifel als diejenige erkennt, die er kurz zuvor bei Ausübung des betreffenden

(11) Jescheck/Krimpelmann, S. 647; vgl. auch meine Ausführungen vorne, S. 19 ff.

(12) etwa im Falle der Flucht des Täters vom Tatort und unmittelbarer Verfolgung

Delikts angetroffen und beobachtet hat. Derselben Ansicht ist auch Meyer (13): Er führt aus, dass nicht unbedingt das zeitliche Moment, sondern vielmehr der funktionelle Zusammenhang zwischen Tatausführung und Festnahme ins Gewicht falle. Diese Aussage ist so auszulegen, dass die zwischen Tatgeschehen und Festnahme verstrichene Zeitdauer nicht so bedeutend ist, solange zwischen Enttappung des Betreffenden bei Ausübung der Tat, daran anschliessender Verfolgung des vom Tatgeschehen geflüchteten Täters und der Festnahme des Betreffenden ein Handlungszusammenhang besteht und die Festnahme sich somit als unmittelbarer Abschluss einer Handlungskette zeigt, welche mit der Enttappung bei der Tatausübung beginnt.

Obwohl nach Meyer das Zeitmoment in den Hintergrund tritt, ist trotzdem zu betonen, dass der tolerierbare Zeitraum zwischen Enttappung und Festnahme des Betreffenden nicht in beliebiger Weise verlängert werden darf. Hier ist auf Roxin (14) zu verweisen, welcher das Recht zur Festnahme am nächsten Tag (oder später) aufgrund eines Delikts des Vortages (oder früher) verneint, ohne die Gründe dafür näher zu erläutern. - Der Grund muss im Fehlen des geforderten funktionellen Zusammenhangs zwischen Tatausführung und Festnahme gesucht werden. Die notwendige Handlungskette ist hier unterbrochen. In einem derartigen Fall müsste ein polizeiliches Ermittlungsverfahren in Gang gesetzt werden, um die Identität des Betreffenden zu finden und einen Haftbefehl ausstellen zu können.

B) Die Voraussetzung von § 68 Ziff. 2: Dringender Tatverdacht

§ 68 Ziff. 2 StPO Zürich schwächt die Voraussetzung der vorläufigen Festnahme insofern ab, als er anstelle des Erfordernisses der ausdrücklichen Flagranz (Ziff. 1) schon dringenden Tatverdacht als genügende Grundlage für die Berechtigung zur Festnahme gelten lässt. Der notwendige dringende Tatverdacht muss sich dabei entweder auf eigene Wahrnehmungen der festnehmenden Polizeibeamten stützen oder aber auf Wahrnehmungen von Drittpersonen mit anschliessender entsprechender Mitteilung an die Polizei.

(13) S. 158 f.

(14) Strafprozessrecht, S. 66 f.

a) Das Erfordernis der eigenen Wahrnehmungen des festnehmenden Polizeibeamten

Die Voraussetzung der eigenen Wahrnehmungen des festnehmenden Polizeibeamten ("nach seiner eigenen Wahrnehmung ... dringend verdächtig ist ...") ist sinngemäss gleich zu betrachten wie das Erfordernis der eigenen Wahrnehmungen von Privatpersonen gemäss § 69. Im Falle von § 68 Ziff. 2 (erster Teil) stützt sich die polizeiliche Festnahme, mit Ausnahme der zu beachtenden spezifischen Merkmale von Polizeibeamten bzw. Privatpersonen bei der Festnahme und mit der Besonderheit des Verweises auf § 49 somit auf die gleichen Voraussetzungen wie die vorläufige Festnahme durch Private gemäss § 69.

Genau wie bei der privaten Festnahme muss auch bei der polizeilichen Festnahme Zurückhaltung geübt werden bezüglich den Anforderungen, die an diese Wahrnehmungen zu stellen sind. Auch von Polizeibeamten darf trotz ihrer kriminalistischen Erfahrung nicht erwartet werden, dass sie den ganzen Ablauf des Deliktsgeschehens erkennen können. Die Wahrnehmung einzelner Vorgänge bzw. die Erkennung von Tatwerkzeugen oder sonstiger Spuren etc. müssen als zur Festnahme berechtigende Grundlage genügen. Einziges qualifizierendes Element ist die Tatsache, dass das Gesetz von "dringendem Tatverdacht" spricht. Die wahrgenommenen Vorgänge oder die erkannten Gegenstände etc. müssen so beschaffen sein, dass sie nicht nur zu einem vagen Verdacht führen, sondern dass sich der Gedanke der Täterschaft der betreffenden Person geradezu aufdrängt.

Wie vorne erwähnt (15), liegen die Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts und diejenigen des flagranten Delikts im Sinne der Quasiflagranz nahe beieinander und gehen zum Teil ineinander über. Gerade die beiden Elemente 'Antreffen auf der Flucht vom Tatort' und 'Antreffen mit Spuren der Tat', welche die Quasiflagranz von der einfachen Flagranz im Sinne des Antreffens unmittelbar bei Ausübung der Tat unterscheiden, lassen klare Grenzen zum bloss dringenden Tatverdacht verschwinden. Das kumulative Vorliegen der beiden Elemente muss auf dringenden Tatverdacht schliessen lassen, sofern der Angetroffene nicht vorher schon bei Ausübung des fraglichen

Delikts ertappt und als solcher identifiziert werden konnte (16). Bloss dringender Tatverdacht, nicht aber Quasiflagranz, muss auch angenommen werden, wenn im erwähnten Fall die in Ausübung der Tat beobachtete Person nicht klar erkannt werden konnte, und somit die nachträglich auf der Flucht angetroffene Person trotz Spuren der Tat nicht zweifelsfrei als der beobachtete Täter identifiziert werden kann. Das einzige relevante Moment der Unterscheidung zwischen Quasiflagranz und dringendem Tatverdacht muss somit in der Frage der zweifelsfreien Erkennung der angetroffenen Person als mit dem Täter identischen Person gesucht werden.

b) Das Erfordernis der Wahrnehmungen durch Drittpersonen unter nachfolgender Mitteilung an die Polizei

Auch die Voraussetzung von § 68 Ziff. 2 a.E. StPO Zürich ("... nach Mitteilung glaubwürdiger Personen ... dringend verdächtig ist ...") muss im Sinne der gemachten Ausführungen (17) ausgelegt werden. Wichtig ist, dass die wahrgenommenen Vorgänge und Zustände auf dringenden Tatverdacht der betreffenden Person hinweisen.

Häufigster Anwendungsfall der Wahrnehmungen von Drittpersonen mit anschliessender Mitteilung an die Polizei betrifft die Strafanzeige eines Geschädigten (18). Selbstverständlich muss der Kreis der Berechtigten über den Geschädigten hinaus erweitert werden in dem Sinne, dass grundsätzlich alle Personen gegebenenfalls befugt sein sollen, allfällige Wahrnehmungen der Polizei mitzuteilen (19).

Privatpersonen sind - analog der Berechtigung zur vorläufigen Festnahme - unter gegebenen Voraussetzungen im konkreten Fall zu einer Anzeige immer nur berechtigt, nie aber verpflichtet. Beamte der Strafverfolgungsbehörden (somit auch Polizeibeamte) haben jedoch die Pflicht, Anzeige zu erstatten, falls sie in Ausübung ihres Amtes relevante Wahrnehmungen im

(16) im letzteren Fall müsste man von Quasiflagranz ausgehen

(17) vgl. vorne unter a)

(18) Willfratt, S. 10; vgl. auch vorne S. 19

(19) Einschränkungen müssen hier die gleichen gelten, wie sie für den Kreis der zur Festnahme berechtigten Personen Gültigkeit haben, vgl. vorne S. 25

erwähnten Sinne machen (20). Dazu gehören Beobachtungen, die sie während ihrer Tätigkeit zufällig machen, darunter fallen aber auch Wahrnehmungen, die sie nicht während, aber doch infolge ihrer amtlichen Tätigkeit machen. Schwierigkeiten können sich dabei ergeben bei der Frage der Natur der Stellung des Amtsinhabers als Privatperson auf der einen oder als Amtsperson auf der andern Seite: Bei Beobachtungen, die der Betreffende ausserhalb seiner Amtstätigkeit und sogar ausserhalb seines amtlichen Zuständigkeitsbereiches macht, ist die Amtsperson den Privatpersonen gleichgestellt (21). Hier entfällt somit jegliche Pflicht zur Mitteilung allfälliger Wahrnehmungen. Es fragt sich, ob man von Amtspersonen mehr Verantwortungsbewusstsein verlangen darf als von Privatpersonen, ob man in bestimmten Fällen von einer "moralischen Pflicht" der Amtspersonen zur Anzeigenerstattung ausgehen kann. Glaser führt in diesem Zusammenhang aus, die Entscheidung über die Einreichung einer Anzeige müsse im Einzelfall "dem Gewissen und dem Takt" des Beamten überlassen werden. Widmer (22) spricht von "pflichtgemäsem Ermessen", das im Vordergrund stehen müsse.

Jede Anzeige - sei sie von Amts- oder Privatpersonen erstattet worden - bedarf auf jeden Fall der Abklärungen durch die Polizei. Dabei steht vor allem die Frage der Glaubwürdigkeit des Anzeigers im Vordergrund. Willkür und Irrtum seitens des Anzeigenden können schweres Unrecht zufügen. Nur seriöse Abklärungen durch die Polizei ermöglichen es, dieser Gefahr wenigstens teilweise zu begegnen.

Grundsätzlich ist die Polizei gehalten, allen Anzeigen nachzugehen und Ermittlungen aufzunehmen. Gerade im Falle von mündlichen Anzeigen, insbesondere bei mündlichen Anzeigen durch verdächtig erscheinende Personen oder bei anonymen Anzeigen ist die Polizei aber zu äusserster Vorsicht aufgerufen. In welchen Fällen ein Eingreifen der Polizei notwendig wird, kann nicht generell beantwortet werden, sondern ist im Einzelfall nach

(20) Den nachfolgenden Ausführungen liegen die Werke von Glaser und Widmer zugrunde. Obwohl das Werk von Glaser ("Handbuch des Strafprozesses") auf deutschem Recht basiert und zudem vom Erscheinungsdatum her (1883) eher veraltet anmutet, können einzelne Grundsätze durchaus auch für unser modernes Recht berücksichtigt werden.

(21) Glaser, S. 323 f. (Bd. II)

(22) S. 150 f.

Prüfung der gesamten Umstände zu entscheiden. Die Polizei wird somit nach eigenem Ermessen zu beurteilen haben, ob im konkreten Fall ein Einschreiten geboten ist. Verschiedene Aspekte können dabei als Entscheidungshilfen herangezogen werden: Das Verhalten des Anzeigenden (z.B. offensichtlicher Uebereifer, erkennbare Affektsituation), die Art und Schwere des angezeigten Delikts und der gemachten Beobachtungen, die Art und Weise der Anzeige (z.B. Namensnennung, Adressangabe, anonyme Anzeige) etc. (23) können aufschlussreich sein für die Frage der Weiterverfolgung der Anzeige. Ganz offensichtlich aus der Luft gegriffenen Behauptungen braucht nicht nachgegangen zu werden. Glaser führt aus, es könne "... keine Verpflichtung angenommen werden, auf Anzeigen hin einzuschreiten, die völlig grundlos erscheinen, namentlich dann, wenn nach Lage der Sache nur solche Schritte weitere Aufklärung verschaffen können, welche nicht verborgen bleiben ...". Schwierigkeiten in dieser Hinsicht können sich vor allem bei anonymen und pseudonymen Anzeigen ergeben, wenn die Anzeige nur wenige oder unvollständige Angaben über das angebliche Deliktsgeschehen enthält. Hier ist die Polizei angewiesen auf nähere Angaben des Betreffenden bezüglich Existenz und Art von Beweisen sowie der Möglichkeiten ihrer Beschaffung. Sind die erforderlichen Angaben nicht vom Anzeigeerstatter selbst erhältlich, muss die Polizei andere Wege suchen, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen. Nicht selten wird es unumgänglich sein, im Rahmen der Ermittlungen mit Fragen und Aufrufen an die Öffentlichkeit zu gelangen. Je nach Art und Schwere des in Frage stehenden Delikts und den Umständen der Tat kann es im Einzelfall aber geboten sein, im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips den Schritt an die Öffentlichkeit zu vermeiden und auf die Weiterverfolgung der Anzeige zu verzichten.

(23) Glaser, S. 335 f. (Bd. II)

c) Hinweis des § 68 Ziff. 2 auf § 49 StPO Zürich

Die erwähnte spezielle Voraussetzung des dringenden Tatverdachts aufgrund eigener unmittelbarer Wahrnehmungen des festnehmenden Polizeibeamten oder aufgrund von Wahrnehmungen Dritter soll nur dann als zur vorläufigen Festnahme berechtigende Grundlage genügen, "... wenn die Voraussetzungen des § 49 vorhanden sind" (§ 68 Ziff. 2 a.E.).

Wichtig erscheint die Tatsache, dass der Gesetzgeber nur das Erfordernis des dringenden Tatverdachts (§68 Ziff. 2), nicht aber auch das Erfordernis des flagranten Delikts (§ 68 Ziff. 1) unter die zusätzlichen Voraussetzungen des § 49 stellt.

Mit dem Hinweis auf § 49 führt uns der Gesetzgeber in den Bereich der Untersuchungshaft; eine Bestimmung der Verhaftung ganz allgemein wird somit als für die vorläufige Festnahme ausdrücklich anwendbar erklärt. § 49 zählt die allgemeinen Haftgründe auf, deren Vorliegen Voraussetzung jeder Untersuchungshaft bildet. Die Bestimmung sieht vor, dass Untersuchungshaft nur dann verhängt werden darf, wenn "... er eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist..." und zudem noch entweder Kollusionsgefahr (§ 49 Abs. 1 lit. a) oder Fluchtgefahr (§ 49 Abs. 1 lit. b) besteht. Der Gesetzgeber gibt gleich eine kurze Definition der beiden geforderten Elemente: Kollusionsgefahr liegt vor, wenn Gefahr besteht, "... dass der Täter durch Anstiftung zu falschem Zeugnis oder in anderer Weise die Spuren seiner Tat verwischen werde" (lit. a). Fluchtgefahr wird in lit. b als Gefahr, der Täter "... werde sich durch Flucht der Untersuchung und der Strafe entziehen" umschrieben.

a) Das Erfordernis der Fluchtgefahr im besonderen

Gemäss § 49 Abs. 1 lit. a ist Fluchtgefahr dann anzunehmen, "wenn zu befürchten ist, der Täter werde sich durch Flucht der Untersuchung und der Strafe entziehen". Der Gesetzgeber sagt weiter, diese Mutmassung sei insbesondere dann angebracht, "wenn der Täter im Kanton keinen festen Wohnsitz" habe oder "Zuchthaus in Aussicht" stehe.

Schon die EMRK statuiert eine diesbezügliche Ausnahme vom Grundsatz der Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit: So sieht Art. 5 Ziff. 1 lit. c

unter anderem vor, dass bei Vorliegen von Fluchtgefahr eine Festnahme bzw. Inhaftierung zulässig sei, wenn sie "dem Zweck diene, den Betreffenden vor die zuständige Gerichtsbehörde zu führen". Der Haftgrund der Fluchtgefahr basiert auf dem Gedanken, den Täter der Untersuchung und seiner gerechten Strafe zuzuführen (24). Jescheck/Krümpelmann (25) führen dazu aus, eine Inhaftierung aufgrund von Flucht- oder Kollusionsgefahr habe immer die "Sicherung der Person des Betreffenden, die Sicherung der Beweislage und die Sicherung der Gesellschaft vor dem Täter" als Endziel im Auge. Die "Sicherung der Person" des Betreffenden kann in zweierlei Hinsicht ausgelegt werden: Auf der einen Seite steht der Gedanke der Sühne. Die betreffende Person soll der Strafuntersuchung und anschliessenden Aburteilung zugeführt werden. Auf der andern Seite kann aber die Sicherung des Betreffenden auch als Schutz der Person gegen unberechtigte willkürliche Angriffe Dritter verstanden werden. Es soll keine Lynchjustiz herrschen, sondern der Betroffene hat unabhängig von Art und Schwere des von ihm begangenen Delikts einen Anspruch auf gerechte Untersuchung und Aburteilung im rechtsstaatlichen Sinne. Das Moment der "Sicherung der Gesellschaft" hat vor allem den Schutz der Bevölkerung im Auge. Gerade im Falle eines Gewaltverbrechens könnte allzuleicht Angst, Unruhe und Empörung in der Öffentlichkeit entstehen, falls die Inhaftierung des Täters unterbliebe. In diesem Sinne sehen Jescheck/Krümpelmann vor, dass eine Person, die eines Verbrechens beschuldigt werde, "sofort isoliert" werden müsse, "um eine Beunruhigung der Öffentlichkeit zu vermeiden" (26).

1) Das Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton

§ 49 erwähnt ausdrücklich, dass insbesondere der fehlende feste Wohnsitz im Kanton ein Indiz dafür sei, dass für die Annahme von Fluchtgefahr spreche. Orlando sieht im Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton dagegen eine Verletzung der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV und gleichzeitig auch eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 45 BV (27). Auch wenn die Ansicht Orlando's sehr weit geht, muss das Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton in unserer modernen Zeit

(24) vgl. dazu Hauser Kurzlehrbuch 1.A., S. 169, 2.A., S. 189; Schubarth, S. 62 ff.; Sandmeyer, S. 121

(25) S. 611 ff.

(26) S. 615

(27) S. 51

mit der grossen Mobilität der Bevölkerung doch mit Zurückhaltung betrachtet werden. Es soll auf jeden Fall ein Moment sein, das die übrigen Elemente wie soziale, wirtschaftliche und persönliche Umstände des Betreffenden an Beweiskraft nicht übertrifft und in der konkreten Situation der Interessenabwägung in gleichem Masse zu unterziehen ist.

Anders als bei der Untersuchungshaft, auf welche § 49 zugeschnitten ist, ist im allgemeinen davon auszugehen, dass der Festzunehmende im Falle einer vorläufigen Festnahme meistens unbekannt ist, sei es, dass eine völlig fremde Person festgenommen wird, sei es, dass die Person wohl dem Namen nach Bekannt ist, deren persönliche Verhältnisse aber unbekannt sind. Das Kriterium des fehlenden Wohnsitzes im Kanton als Indiz für das Vorliegen von Fluchtgefahr kann hier daher umso weniger herangezogen werden.

2) Das Kriterium der zu erwartenden Strafe

Nach § 49 ist neben fehlendem festen Wohnsitz im Kanton auch die Aussicht auf Zuchthausstrafe ein weiteres Indiz dafür, das im konkreten Fall für die Annahme von Fluchtgefahr spricht. Genau wie dem erwähnten Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton ist auch dem Kriterium der zu erwartenden Strafe mit Zurückhaltung zu begegnen (28).

Aufgrund der besonderen Ausnahmesituation, in der sich der Festnehmende bei einer vorläufigen Festnahme befindet, dürfte es selbst für kriminalistisch erfahrene Polizeibeamte schwierig sein, gleich zum vornehmerein abzuschätzen, ob im Einzelfall mit Zuchthaus zu rechnen ist. Oft können strafscharfende oder strafmildernde Umstände hinzukommen, von deren Existenz der Festnehmende zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis haben kann. Umso problematischer muss die richtige Abschätzung von Art und Höhe der zu erwartenden Strafe sein.

3) Beachtung der Umstände des Einzelfalles

Ob Fluchtgefahr im konkreten Fall tatsächlich gegeben ist, darf nicht nur aufgrund eines einzigen Kriteriums wie fehlender fester Wohnsitz im

(28) Hauser, a.a.O., hält sowohl den fehlenden festen Wohnsitz im Kanton als auch das Kriterium der zu erwartenden Strafe heute für überholt.

Kanton oder in Aussicht stehende Zuchthausstrafe beurteilt werden, sondern bedarf einer genauen Abwägung und Beurteilung aller Umstände des Einzelfalles. Eine objektive Möglichkeit oder ein nur theoretischer Fluchtanreiz bilden keine genügende Voraussetzung, um in der konkreten Situation von Fluchtgefahr ausgehen zu dürfen. Vielmehr müssen ganz bestimmte Anzeichen vorliegen, die mit höchster Wahrscheinlichkeit auf tatsächliche Flucht schliessen lassen; um von Fluchtgefahr ausgehen zu können, muss im konkreten Fall ganz allgemein eine hohe Wahrscheinlichkeit der Flucht vorliegen (29). So darf gemäss Bundesgericht (30) Fluchtgefahr nicht schon dann angenommen werden, "wenn Flucht objektiv möglich" wäre. Die Möglichkeit, dass "ein verhafteter Angeschuldigter sich durch Flucht der Strafverfolgung" entziehe, bestehe nämlich "an sich in jedem Strafverfahren". Es brauche daher "eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Betroffene sich durch Flucht dem Vollzug der Strafe entziehen werde". Das Bundesgericht führt weiter aus, die zu erwartende Strafe sei wohl "ein Indiz für Fluchtgefahr". Die Möglichkeit der Verurteilung zu einer schweren Strafe aber genüge "für sich allein nicht", um in einem konkreten Fall Fluchtgefahr bejahen zu können. Vielmehr müssten dafür "die konkreten Umstände des Falles, insbesondere die materielle Lage und das gesamte Verhalten" des Betroffenen betrachtet werden. In Entscheid 107 Ia 6 bestätigt das Bundesgericht diese Praxis und betont, es seien strenge Anforderungen an die Voraussetzungen der Fluchtgefahr zu stellen. Die "Möglichkeit einer Flucht" genüge nicht, vielmehr seien Umstände notwendig, die eine Flucht "nicht nur als objektiv möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lassen" (31).

Um herauszufinden, ob im betreffenden Fall die geforderte "hohe Wahrscheinlichkeit" der Flucht gegeben ist, müssen somit das ganze Verhalten des Täters (wie zum Beispiel konkrete Vorbereitungen zur Flucht durch heimlichen Ortswechsel oder Verheimlichen des Aufenthaltsortes (32) und die Situation, in welcher er sich befindet, auf "fluchthemmende und fluchtfördernde" Momente geprüft werden. Die geforderte hohe Wahrscheinlichkeit

(29) Hauser, Kurzlehrbuch 1.A., S. 169; 2.A., S. 189; Orlando, S. 47 ff.

(30) BGE 102 Ia 391 mit Hinweis auf BGE 95 I 242

(31) mit Hinweis auf BGE 95 I 205 und 241 f.

(32) Hauser, a.a.O.

ist dann anzunehmen, wenn die fluchtfördernden Elemente in hohem Masse überwiegen (33). Für die Beurteilung sind die persönlichen, wirtschaftlichen und gesundheitlichen Umstände des Betreffenden, seine sozialen Bindungen etc. heranzuziehen (34). Das Bundesgericht sieht zum Beispiel eine erhebliche Fluchtgefahr gegeben bei langjähriger Freiheitsstrafe für einen 31-jährigen Mann, der unverheiratet und durch keine speziellen Bande mit dem Ort verknüpft ist, der sich zudem gemäss eigenen Aussagen bzw. gemäss eigenem Verhalten mit dem bevorstehenden längeren Freiheitsentzug nicht abgefunden hat. Da hier die "objektiven Umstände" auf eine hohe Wahrscheinlichkeit der Flucht hindeuten würden, sei eine erhebliche Fluchtgefahr auch dann gegeben, wenn der Betroffene nicht direkt von Flucht spreche und sein Verhalten nicht direkt auf Flucht hinweise (35).

Zu betonen ist insbesondere, dass allgemeine Vermutungen nicht genügen, um im konkreten Fall tatsächlich Fluchtgefahr annehmen zu dürfen. Die erwähnten Kriterien können nur Hilfsmittel sein für die Beurteilung der Situation, stichhaltige Beweise liefern sie jedoch im allgemeinen nicht. Ob Fluchtgefahr gegeben ist, kann nur aufgrund einer gründlichen Abwägung aller Umstände ermittelt werden. Dass eine derartige Beurteilung der gegebenen konkreten Situation zum Teil erhebliche Probleme mit sich bringen kann, dürfte auf der Hand liegen (36). Im Falle einer vorläufigen Festnahme sind die Schwierigkeiten bei dieser Beurteilung der Situation noch erheblich grösser. Die Dringlichkeit der Umstände, das Moment des Unerwarteten und Unbekannten etc. haben einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das richtige Entscheidungsvermögen des Festnehmenden. Aus diesem Grunde dürfen an die Voraussetzungen der Fluchtgefahr bei der vorläufigen Festnahme nicht derart strenge Anforderungen gestellt werden, wie dies für den Fall der Untersuchungshaft gefordert wird.

(33) Orlando, a.a.O.

(34) Jescheck/Krümpelmann, S. 616 f.

(35) BGE 107 Ia 6

(36) so halten auch Jescheck/Krümpelmann, S. 617, diese Beurteilung für sehr schwierig

b) Das Erfordernis der Kollusionsgefahr im besonderen

Nach § 49 Abs. 1 lit. a liegt Kollusionsgefahr dann vor, wenn Gefahr besteht, "dass der Täter durch Anstiftung zu falschem Zeugnis oder in anderer Weise die Spuren des Verbrechens oder Vergehens verwischen werde".

Sinn und Zweck des Haftgrundes der Kollusionsgefahr liegt gemäss Gesetz somit darin, die Verwischung von Spuren der Tat zu verhindern, positiv gesprochen die Beweislage zu sichern. Saubere Spuren tragen in wesentlichem Masse dazu bei, die für die Strafuntersuchung und allfällige anschliessende Verurteilung notwendige Beweislage zu erkennen.

Die Kollusionshaft zur Sicherung der Beweislage ist in der Literatur allgemein anerkannt. So sieht Hauser (37) die Kollusionsgefahr als Gefahr der Entstellung oder Entfernung sachlicher Beweismittel und die Gefahr von Absprachen zwischen dem Betroffenen und Drittpersonen und dadurch die Gefahr wahrheitswidriger Aussagen von Zeugen. Auch Sandmeyer (38) hat den gleichen Gedanken: Er sieht bei Vorliegen von Kollusionsgefahr (und Fluchtgefahr) "Staatsinteressen gefährdet", falls die "Ergreifung des Betroffenen unterbliebe", da auf diese Weise "ungezählt wertvolle Spuren" verwischt werden könnten. In diesem Sinne spricht auch Orlando davon, dass Kollusionshandlungen die "Ermittlung der Wahrheit erschweren" könnten (39). Genau wie bei der Fluchtgefahr ist auch hier eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles notwendig, um beurteilen zu können, ob Kollusionsgefahr vorliegt. Nicht jede scheinbare Kollusionshandlung bildet eine Kollusionsgefahr im Sinne des Gesetzes (40).

1) Kollusionsgefahr als Gefahr der Beweislagenvereitelung / Kollusionshaft als Mittel der Beweiserleichterung ?

Dass die Kollusionshaft zur Verhinderung der Verwischung von Spuren, d.h. der Sicherung der Beweislage dient, ist unbestritten. Wie weit man Kollusionshaft jedoch zulassen soll zur Beweiserleichterung, darüber herrschen eher geteilte Meinungen, und die Strafprozessordnungen der

(37) Kurzlehrbuch, 1.A., S. 169, 2.A., S. 189; so auch Jescheck/Krümpelmann, S. 617 ff.

(38) S. 121 ff.

(39) S. 33

(40) so sind "Leugnen der Tat" oder "wahrheitswidriges Abstreiten von Indizien" keine Kollusionshandlungen im Sinne des Gesetzes, vgl. Hauser, a.a.O., mit Hinweis auf BGE 90 IV 69.

einzelnen Kantonen erfahren eine diesbezüglich recht unterschiedliche Ausführung. Jescheck/Krümpelmann (41) erachten die Grenze zwischen lediglicher Beweissicherung und der weitergehenden Beweiserleichterung zutreffenderweise als fließend. Sie sehen Schwierigkeiten darin zu beurteilen, wann die Kollusionshaft "nur der Beweissicherung" und wann der Erleichterung der Beweislage im Sinne einer Erleichterung des Verfahrens dient. Aus dieser Abgrenzungsschwierigkeit heraus entsteht leicht die nicht zu unterschätzende Gefahr des Missbrauchs des Haftgrundes der Kollusionsgefahr. Dies scheinen die Autoren zu erkennen, indem sie ausführen, dieser Haftgrund biete für die Untersuchungsbeamten ein Mittel, um "die Untersuchung bequem zu führen und einen Verdächtigen zu Geständnissen zu drängen". Aus diesem Grunde lehnen sie Umschreibungen der Kollusionsgefahr als "Gefährdung des Untersuchungszwecks" als zu weitgehend und zu allgemein formuliert ab (42). Durch derartige Definitionen und Umschreibungen sehen sie die erwähnten Probleme der Abgrenzung zur Beweiserleichterung den vertretbaren Rahmen überschreiten.

2) Problematik der allgemein gehaltenen Umschreibung des Haftgrundes der Kollusionsgefahr / mögliche Gesichtspunkte zur Lösung dieser Frage

Jescheck/Krümpelmann (43) glauben, im Falle einer Generalklausel, wie sie die Begriffe "Kollusionsgefahr" und "Fluchtgefahr" darstellen, sei der Entscheid über die Berechtigung einer Inhaftierung allzusehr ins Ermessen des betreffenden Untersuchungsbeamten gestellt. Um willkürliche Entscheide zu vermeiden, müssen die folgenden Grundsätze beachtet werden:

Das Selbstverteidigungsrecht des Betroffenen: Einerseits verlangt das Interesse des Staates möglichst umfassende Sicherung der Beweislage. Andererseits ist aber auch der Täter bzw. der Tatverdächtige in seinem Interesse der eigenen Verteidigung zu beachten. Hier ist wiederum der Grundsatz zu betonen, dass nicht alle scheinbaren Kollusionshandlungen Kollusionsgefahr im Sinne des Gesetzes bedeuten (44).

(41) a.a.O.

(42) Schubarth, S. 63, gibt eine derartige allgemeine Definition des Begriffs: Er sieht Kollusionsgefahr als Moment, das den "Zweck des Strafverfahrens" gefährden oder sogar vereiteln könne.

(43) a.a.O.

(44) Nach Schubarth, a.a.O., soll Selbstverteidigung gestattet sein, solange der Betreffende dadurch keine strafbare Handlung begeht.

Die Notwendigkeit der Beachtung der konkreten Umstände des Einzelfalles: Zu betonen ist, dass wie bei der Beurteilung der Fluchtgefahr nicht generelle Vermutungen, sondern nur ganz konkrete Anzeichen als Voraussetzung für das Bestehen von Kollusionsgefahr im Sinne von § 49 genügen dürfen; nicht nur eine theoretische Möglichkeit, sondern die konkrete Gefahr einer Kollusionshandlung im betreffenden Fall ist notwendig (45). Folgende Kriterien als Entscheidungshilfen sind anzuführen: Das Verhalten des Betreffenden vor und nach der Tat, die Art des Delikts und damit im Zusammenhang die Art und Schwere der zu erwartenden Strafe, die persönlichen Verhältnisse (46) etc. Diese Kriterien sind nur Indizien, die im Einzelfall auf Kollusionsgefahr hinweisen können, ob Kollusionsgefahr aber tatsächlich besteht, darf erst nach einer Prüfung der gesamten vorliegenden Umstände beurteilt werden.

Jescheck/Krümpelmann (47) heben besonders das Kriterium der Schwere des Delikts hervor: Bei leichteren Delikten seien Beweisunsicherheiten "eher in Kauf zu nehmen", sodass bei sehr geringen Delikten umso strengere Voraussetzungen an das Vorliegen von Kollusionsgefahr zu stellen seien. Ihre Auffassung sehen die Autoren bestätigt in der Praxis des Kantons Genf, wo bei schweren Verbrechen auch ohne konkrete Gefahr von Flucht und Kollusion Verhaftungen vorgenommen würden. Diese Handhabung widerspricht indessen dem Grundsatz der Berücksichtigung aller in Frage stehenden Umstände: Auch bei Vorliegen eines schweren Verbrechens kann sich eine Kollusionshaft erübrigen, wenn im konkreten Fall tatsächlich keine Anzeichen von Kollusionsgefahr vorhanden sind.

Der Gesichtspunkt des Verfahrensstadiums: Einen weiteren Anhaltspunkt bildet das Stadium, in dem das Verfahren zum betreffenden Zeitpunkt steht. Orlando (48) führt dazu aus: "...Je jünger das Strafverfahren ist, desto mehr Verdunkelungsmöglichkeiten bestehen...". Dies erscheint richtig: Je weniger die Ermittlungen der Untersuchungsbehörden fortgeschritten sind, desto mehr Gelegenheit ergibt sich für den Angeschuldigten, seine Tat zu verschleiern, ohne dass diese Handlungen von den

(45) Orlando, S. 29 ff.; so auch Hauser, a.a.O.

(46) Im allgemeinen sind es die gleichen Kriterien, die auch für die Beurteilung von Fluchtgefahr Geltung haben.

(47) S. 619

(48) a.a.O.

Untersuchungsbeamten sofort in vollem Umfange wahrgenommen werden.

3) Kollusionsgefahr als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme

Im Unterschied zur Untersuchungshaft steht bei der vorläufigen Festnahme als Grund einer ungerechtfertigten Inhaftierung weniger das Moment der Beweis- oder Verfahrenserleichterung im Vordergrund. Die Situation der vorläufigen Festnahme gibt viel eher Raum für eine ungerechtfertigte Inhaftierung aufgrund falscher Einschätzung der Umstände durch den Festnehmenden; dabei tritt die willkürliche Falschbeurteilung zugunsten von Irrtum oder Unkenntnis wohl in den Hintergrund. Der Festnehmende ist aufgrund der Dringlichkeit und des Ausnahmecharakters der Situation in vielen Fällen nicht in der Lage, die Umstände richtig einzuschätzen, d.h. richtig zu beurteilen, ob im konkreten Fall Kollusionsgefahr tatsächlich vorliegt. Gehen wir aus vom Gesichtspunkt des Verfahrensstadiums, kommen wir zum selben Ergebnis: Die vorläufige Festnahme steht am Anfang des Strafverfahrens. Der Festnehmende hat kaum Kenntnis von der Person des Tatverdächtigen und dessen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen. Auf diese Anhaltspunkte zur Beurteilung allfälliger Kollusionsgefahr kann sich der Betreffende hier somit nicht verlassen, der Ermessensentscheid bezüglich des Vorliegens der notwendigen Voraussetzungen für die Festnahme wird sehr schwierig. In Beachtung der strengen Anforderungen, die an das Vorliegen von Kollusionsgefahr gestellt werden, darf sich der Festnehmende nicht abstützen auf eine allgemeine vage Vermutung einer möglicherweise eintretenden Kollusionshandlung, sondern er muss im konkreten Fall ganz bestimmte Anzeichen finden, die diese vage Möglichkeit zu einer unmittelbaren Gefahr werden lassen. Berücksichtigen wir weiter, dass aufgrund des Selbstverteidigungsrechts des Betreffenden nicht alle Kollusionshandlungen unerlaubt sind, hat der Festnehmende eine weitere Qualifizierung der Situation vorzunehmen. Selbst die Tatsache, dass unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 lit. a und b nur Polizeibeamte zur vorläufigen Festnahme berechtigt sind, vermag die Gefahr der falschen Einschätzung kaum zu mindern. Meyer (49) führt dazu aus, der Festnehmende sei ausserstande, aus der dringlichen Situation heraus zu entscheiden, ob tatsächlich eine der beiden Gefahren vorliege. Selbst

Polizeibeamte seien nicht davor gefeit, durch falsches Ermessen und aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung des Gesetzes "praktisch ohne gesetzliche Grundlage ... Bürger in ihrer persönlichen Freiheit ganz erheblich zu beeinträchtigen". Gemäss Meyer sollen derartige Bestimmungen mit der verfassungsmässigen Freiheit nicht vereinbar sein.

§ 6 Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Gemäss § 68 Ziff. 1 StPO Zürich ist ein Polizeibeamter verpflichtet, eine Person festzunehmen, die ein "Verbrechen, Vergehen oder falls die Voraussetzungen des § 339 zutreffen, eine Uebertretung in seiner Gegenwart verübt hat". § 68 Ziff. 2 dagegen sieht die Festnahme von Personen vor, die "eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig" sind. Dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens bildet auch die Grundlage für die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen gemäss § 69.

I Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur durch Polizeibeamte

Während bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens sowohl Polizeibeamte (§ 68 Ziff. 1 und 2) als auch Privatpersonen (§ 69) berechtigt sind, bleibt die vorläufige Festnahme von Uebertretungstätern allein der Polizei vorbehalten (§ 68 Ziff. 1 mit Hinweis auf § 339). § 69 erwähnt Uebertretungen nicht, wobei die Nichtnennung als Ausschluss zu betrachten ist.

II Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur im Falle des Ergreifens auf frischer Tat (§ 339)

A) Sichere Kenntnis der Person des Täters als Voraussetzung

Damit eine vorläufige Festnahme bei Uebertretungen zulässig ist, muss die Täterschaft der festzunehmenden Person unzweifelhaft feststehen. Dringender Tatverdacht dagegen genügt nur bei Verbrechen oder Vergehen.

B) Zeitpunkt des Delikts

Für Willfratt (1) bedeutet die Forderung des Ergreifens auf frischer Tat eine zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit der vorläufigen Festnahme in

(1) S. 25

dem Sinne, dass sie nach bereits verübter Tat oder im Falle einer nur versuchten Tat nicht erlaubt sein soll.

Auch bei Uebertretungen ist wie im Falle von Verbrechen oder Vergehen folgendes zu beachten: Eine vorläufige Festnahme muss erlaubt sein, auch wenn sie zeitlich später erfolgt als das Antreffen der Person in Ausübung des Delikts, sofern die Festnahme noch als Resultat einer ununterbrochenen Handlungskette (beginnend mit dem Antreffen der Person bei Tatausübung) erscheint (2) Diese zeitlich spätere Festnahme muss gestattet sein trotz der Formulierung "welche bei einer Uebertretung ergriffen werden" (§ 339): Durch analoge Anwendung der §§ 339 und 68 Ziff. 1 ergibt sich, dass auch die Umschreibung des § 339 eine zeitlich spätere Festnahme im Sinne der Vollendung einer ununterbrochenen Handlungskette zulassen will. Gehen wir hingegen davon aus, dass der Verweis des § 68 Ziff. 1 nur die speziellen Voraussetzungen des § 339 betrifft, welche zusätzlich zum Erfordernis des Antreffens auf frischer Tat vorliegen müssen, um die vorläufige Festnahme bei Uebertretungen zu rechtfertigen, beurteilt sich die Grundvoraussetzung des Antreffens bei Deliktausübung nach der Bestimmung des § 68 Ziff. 1, womit wir auch hier zum selben Ergebnis kommen.

III Vorläufige Festnahme bei Uebertretungen nur unter den speziellen Voraussetzungen des § 339 StPO Zürich

Die vorläufige Festnahme bei Vorliegen einer Uebertretung ist von den zusätzlichen speziellen Voraussetzungen des § 339 abhängig, auf die § 68 Ziff. 1 ausdrücklich hinweist (3). Demgemäss soll eine Festnahme von Uebertretungstätern nur möglich sein, wenn sie "im Kanton keinen festen Wohnsitz haben oder über Namen, Herkunft und Wohnort sich nicht ausweisen und nicht sofort für Busse und allfällige Kosten Sicherheit leisten". Hier hat der Gesetzgeber die selben Gedanken zugrunde gelegt, wie sie für die allgemeinen Haftvoraussetzungen gemäss § 49 Gültigkeit haben: Flucht und Kollusion sollen verhindert, die Beweislage soll gesichert werden.

(2) vgl. vorne S. 35

(3) Diese Aufzählung in § 339 ist gemäss Willfratt, S. 24, als abschliessend zu betrachten.

Das Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton findet sich wörtlich auch in § 49 Abs. 1 lit. b als Indiz für das Vorliegen von Fluchtgefahr. Der Gesetzgeber scheint ganz allgemein den fehlenden festen Wohnsitz im Kanton als Element zu werten, das den Betroffenen in seiner Rechtslage benachteiligt und in verstärktem Masse verdächtig erscheinen lässt. Diese Auffassung kann aber bei der heutigen Mobilität der Bevölkerung nicht mehr stichhaltiges Kriterium sein. Eine Festnahme, die ihre Berechtigung allein in dieser Voraussetzung suchen würde, müsste beinahe schon als willkürlich bezeichnet werden (4).

IV Gewaltanwendung bei der vorläufigen Festnahme von Uebertretungstätern

Die Frage, ob auch eine vorläufige Festnahme bei Vorliegen einer Uebertretung mit Gewalt erzwungen werden darf, hat unter den Autoren zu unterschiedlicher Stellungnahme geführt. Gewaltanwendung bei der Festnahme von Uebertretungstätern kann in dem Sinne akzeptiert werden, als eine vorläufige Festnahme in jedem Fall eine Staatshandlung darstellt, die gegebenenfalls erzwungen werden können muss, andernfalls die Durchsetzbarkeit und Glaubwürdigkeit dieses Instituts fragwürdig wird. Auf der andern Seite lehnt der Gedanke der Geringfügigkeit des Delikts die Anwendung jeglicher Gewalt ab. Meyer (5) erachtet Gewaltanwendung überhaupt und speziell die Festnahme als solche bei Uebertretungen aufgrund der Geringfügigkeit der Tat "als mit der Verfassung nicht vereinbar" (6).

Will der Gesetzgeber wie in § 339 StPO Zürich die vorläufige Festnahme auch bei Uebertretungen zulassen, müssen als logische Folge auch die Mittel zu deren Durchsetzung erlaubt sein. Dass sich hier die Gewaltanwendung aufgrund der Geringfügigkeit des Delikts im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auf ein absolut notwendiges Minimum zu beschränken hat, erscheint selbstverständlich. Insbesondere wäre in solchen Fällen der Gebrauch der Schusswaffe durch die Polizei aufs schärfste zu verurteilen.

(4) Das Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes ist auch in § 345 (Verfahren der Verwaltungsbehörden) als Grund für die (Nicht)Freilassung eines Verhafteten erwähnt.

(5) S. 157

(6) Die erwähnte Geringfügigkeit sieht Meyer bereits bei Vorliegen von leichten Vergehen als erfüllt.

§ 7 Die formellen Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

I Allgemeine Bemerkungen

An die formellen Voraussetzungen sollten im Falle der vorläufigen Festnahme keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, um der ausserordentlichen Dringlichkeit des Einzelfalles möglichst gerecht zu werden. Dies muss für die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen ganz besonders gelten, muss aber auch bei der polizeilichen Festnahme berücksichtigt werden.

Das Fehlen eines Haftbefehls stellt das wichtigste formelle Merkmal der vorläufigen Festnahme dar. Weitere ausdrückliche formelle Bestimmungen finden sich in den §§ 70, 71 und 73 StPO Zürich, die im folgenden erläutert werden.

II Die Regelung der formellen Voraussetzungen im einzelnen

A) Keine Festnahme zur Unzeit (§ 70 StPO Zürich)

Zum Schutz des Betroffenen verbietet § 70 eine vorläufige Festnahme "im Innern eines Hauses ... zur Nachtzeit oder an Sonn- und Feiertagen" (1). Mit dieser Bestimmung will der Gesetzgeber den Betreffenden vor unerträglich weitreichenden Eingriffen in die Privatsphäre schützen und damit die persönliche Freiheit und den Bereich des Persönlichkeits-schutzes bei Vorliegen eines Delikts oder Tatverdachts so weit wie möglich noch garantieren.

(1) Gemäss Willfratt, S. 9, gilt nach einer internen Weisung der Polizei die Zeit zwischen 22.00 Uhr und 06.00 Uhr als Nachtzeit im Sinne von § 70.

§ 70 sieht gleich eine Ausnahme dieses Grundsatzes vor: Die genannte "Schonzeit" soll dahinfallen, "wenn Gefahr im Verzug ist". Diese Auffassung des Gesetzgebers befürwortet Huber (2): Eine vorläufige Festnahme zur Nachtzeit oder an Sonn- und Feiertagen aus andern Gründen als dem Vorliegen von Gefahr im Verzug ist verpönt. Mit solchem Vorgehen würden die Polizeibeamten, so der Autor, den Anschein erwecken, als wollten sie den Betroffenen müde machen; dies aber wäre als willkürliches Handeln abzulehnen.

a) Das besondere Merkmal der Gefahr im Verzug

Gemäss § 70 ist bei Vorliegen von Gefahr im Verzug ein Vorgehen erlaubt, das im Normalfall als ungerechtfertigt angesehen würde.

Gefahr im Verzug bedeutet das Vorliegen besonderer Umstände (3), die eine Abweichung von der Norm rechtfertigen oder gar fordern. Das Vorliegen von besonderen ausserordentlichen Umständen erfordert ein sofortiges Einschreiten, andernfalls (bei Unterlassen des Eingreifens bzw. bei Untätigkeit im gegebenen Moment) gravierende irreparable Nachteile drohen und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch eintreten würden. Diese zu erwartenden Nachteile können sich je nach Situation des Einzelfalles unterschiedlich äussern: Es kann sich um unmittelbar bevorstehende Kollusionshandlungen oder um unmittelbar bevorstehende Flucht handeln, oder es kann um die unmittelbare Ausübung eines Delikts gehen (4), was alles nur durch unverzügliches Handeln verhindert werden kann. Nur durch unverzügliches Eingreifen (im Sinne der sofortigen Festnahme des Betroffenen) ist Schaden zu verhindern. Allfälliges Zuwarten bis zum nächsten Morgen ("Nachtzeit") oder bis

(2) S. 62

(3) Willfratt, S. 10, spricht von "Ausnahmefällen in dringenden Situationen"

(4) Bloss zufälliger Zeitverlust ist kein Schaden im Sinne dieser Bestimmung, so Willfratt, a.a.O.

zum nächsten Werktag ("Sonn- und Feiertag") würde dies erheblich in Frage stellen (5). Meyer sieht im Merkmal der Gefahr im Verzug eine Art von Generalklausel in dem Sinne, dass die Strafverfolgungsbehörden in jeder Lage in gewisser Hinsicht vom Vorliegen dieses Merkmals auszugehen hätten. In jeder Situation könnten nach dem Autor Umstände in Frage stehen, deren Eintritt oder Nichteintritt Nachteile nach sich ziehen würde (6).

Die Ansicht von Meyer ist zumindest für alle Fälle der vorläufigen Festnahme zu berücksichtigen. Der Berechtigung zur vorläufigen Festnahme liegt immer das Moment der Gefahr im Verzug zugrunde, denn eine vorläufige Festnahme soll immer nur dort erlaubt sein, wo die Dringlichkeit der Umstände kein anderes Vorgehen zulässt.

Ein klarer Trennungsstrich zwischen "normaler" Dringlichkeit und "äusserster" Dringlichkeit im Sinne von Gefahr im Verzug kann nur rein theoretischer Natur sein; in der Praxis verläuft diese Grenze fliessend. Wer möchte in der dringlichen Situation beurteilen, ob ein Eingreifen nur geboten oder aber unerlässlich erscheint, um Schaden zu verhindern? Wo liegt die Trennungslinie zwischen normaler Wahrscheinlichkeit und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, mit der die betreffenden Nachteile im Falle des Nichteingreifens eintreten werden? - Für diese Fragen lässt sich keine allgemeingültige Regel aufstellen, die für die Praxis dann auch tatsächlich anwendbar ist. Ob Gefahr im Verzug vorliegt und somit ein Vorgehen im Sinne von § 70 (Festnahme auch bei Nacht oder an Sonn- und Feiertagen) berechtigt ist, lässt sich nur durch Betrachtung der Umstände des konkreten Falles beantworten (7). Im Einzelfall obliegt es dem Ermessen des Festnehmenden, hier eine möglichst optimale Wertung der Situation vorzunehmen.

Gehen wir aus von der ausserordentlichen Situation, in der sich der Festnehmende unzweifelhaft befindet, scheint es offensichtlich, dass dieser Ermessensentscheid sehr hohe Anforderungen an den Betreffenden stellt. Die richtige Abschätzung der Umstände wird unter Zeitdruck äusserst schwierig,

(5) so auch Jescheck/Krümpelmann, S. 648, mit Hinweis auf Fäh, S. 29

(6) S. 160 ff.

(7) Willfratt, S. 10, erachtet in diesem Sinne die Umschreibung "Gefahr im Verzug" nicht als "absoluten Dringlichkeitsbegriff", der jegliches Ermessen ausschliesst. Vgl. dazu auch Nelles, S. 122 ff.

die Gefahr von irrtümlicher Falscheinschätzung äusserst gross. Angesichts dessen muss wohl auch die Forderung Willfratts (8) nach einer "nüchternen, leidenschaftslosen und objektiven Haltung" des Festnehmenden grösstenteils Theorie bleiben.

b) Die Person des Festnehmenden bei Gefahr im Verzug gemäss § 70

Die Bestimmung des § 70 lässt nicht zum vorneherein auf eine personelle Einschränkung des berechtigten Personenkreises schliessen. Aufgrund des Gesetzeswortlauts "darf nur dann vorgenommen werden, wenn Gefahr im Verzug ist" dürfte man sowohl Polizeibeamte wie auch Privatpersonen unter die Berechtigten zählen. Verschiedene Autoren (9) gehen dabei aber zutreffenderweise nur von Polizeibeamten aus. In der ausserordentlichen Situation der vorläufigen Festnahme dürfte für das richtige Ermessen in der äusserst heiklen Frage der Gefahr im Verzug im Falle des § 70 selbst an Polizeibeamte sehr hohe Anforderungen stellen. Von Privatpersonen kann unter den betreffenden Umständen eine optimale Beurteilung der Situation kaum erwartet werden.

B) Die Bestimmung des § 71 StPO Zürich

§ 71 StPO Zürich sieht vor, dass der festnehmende Polizeibeamte "demjenigen, den er verhaftet, die Eigenschaften, in der er handelt, zur Kenntnis zu bringen" hat. Der Polizeibeamte muss sich über seine Funktion als Polizeibeamter ausweisen und hat dem Festgenommenen die Gründe der Festnahme kurz darzulegen (10). Dadurch soll der Betroffene die Möglichkeit erhalten, sich schon vor seiner Festnahme dazu zu äussern und allfällige offensichtliche Irrtümer seitens des Festnehmenden sofort richtigzustellen. Auch bei der Festnahme durch Privatpersonen soll der Festnehmende dem Betroffenen die Gründe der Festnahme mitteilen, eine Festnahme ohne Äusserung eines Vorhalts würde den Anspruch auf rechtliches Gehör in erheblichem Masse verletzen. Dem festnehmenden Privaten kann dabei keine so differenzierte Darlegung der Festnahmegründe zugemutet werden, wie dies von Polizeibeamten verlangt werden darf.

(8) S. 11

(9) so Meyer, S. 161; Willfratt, a.a.O.

(10) Meyer, S. 162; Willfratt, S. 8

Aufgrund der sofortigen Meldepflicht wird der von Privatpersonen Festgenommene anschliessend unverzüglich an die zuständige Polizeistelle weitergeführt, wo dann eine detaillierte Angabe der Festnahmegründe zu erfolgen hat. Gerade in diesem Zusammenhang ist auf die grosse Bedeutung der sofortigen polizeilichen Ueberprüfung der Festnahmegründe gleich anlässlich der Uebernahme des Festgenommenen aus privater Hand hinzuweisen. Nur auf diese Weise können allfällige Irrtümer seitens des Festnehmenden oder Rechtfertigungsgründe seitens des Festgenommenen, die eine Festnahme zum vorneherein ausschliessen, sogleich festgestellt werden.

C) Die Bestimmung des § 73 StPO Zürich

§ 73 StPO Zürich fordert die unverzügliche Weiterleitung des Festgenommenen an den zuständigen Untersuchungsbeamten, vor dem dann die Einvernahme stattfinden soll. Dies betrifft selbstverständlich nur jene Fälle, in denen die Polizei den Festgenommenen nicht in eigener Kompetenz wieder freilässt.

Häufig wird ein Festgenommener nach der Einvernahme durch den Untersuchungsbeamten wieder auf freien Fuss gesetzt, weil die Gründe, die zur Festnahme führten, sich nicht erhärten bzw. keine Untersuchungshaft rechtfertigen. Trotzdem muss eine derartige Festnahme seinerzeit nicht unrechtmässig erfolgt sein. Hier müssen die unterschiedlichen Ausgangslagen der festgenommenen Person einerseits und des Untersuchungsbeamten andererseits betrachtet werden: Es ist durchaus denkbar, dass der Festnehmende unter dem Druck der ausserordentlichen Umstände bei der Festnahme die Situation anders einschätzte als der Untersuchungsbeamte, der normalerweise unter geringerem Zeitdruck am Schreibtisch seine Entscheidung fällen kann. Der Untersuchungsbeamte muss sich aus diesem Grunde in seiner Beurteilung des Falles in die Situation zurückversetzen, in welcher der Festnehmende sich anlässlich der Festnahme befunden hat und bei seiner Entscheidung die damaligen Verhältnisse so weit wie möglich berücksichtigen. - Eine vorläufige Festnahme muss solange als rechtmässig gelten, als der Festnehmende in guten Treuen davon ausging, die Voraussetzungen für eine Festnahme seien gegeben (11).

(11) vgl. zu diesem Abschnitt Willfratt, S. 9 ff.

§ 8 Neuere Bestrebungen zur Bildung eines Polizeigesetzes im Kanton Zürich

I Geltende Rechtslage

Präventivmassnahmen der Polizei im Rahmen ihrer sicherheitspolizeilichen Tätigkeit bilden im Kanton Zürich immer wieder Anlass zu Diskussionen, steht doch die Rechtsgrundlage für diese polizeiliche Tätigkeit auf unsicheren Füßen.

Als mögliche Rechtsgrundlagen für derartiges Handeln der Kantonspolizei sind anzuführen (1):

- das Gesetz betreffend das Polizeikorps vom 27. Juni 1897

Es enthält in seinen 18 Paragraphen ausschliesslich Bestimmungen über die interne Organisation der Polizei. Eine Bestimmung, welche Pflichten, Gebote oder Verbote mit rechtsverbindlicher Kraft für die Bürger statuieren würde, findet sich darunter keine.

- die Polizeiverordnung vom 30. März 1908, welche erlassen wurde in Ausführung von § 17 des Gesetzes von 1897

- das Dienstreglement für das Polizeikorps des Kantons Zürich vom 8. März 1951

Sowohl die Polizeiverordnung als auch das Dienstreglement sind ihrer Natur nach bloss interne Verwaltungserlasse, die keinerlei Rechtswirkung nach aussen gegenüber dem Volk entfalten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass § 1 der Verordnung die Aufgaben der Polizei in allgemeiner Form umschreibt (2).

Während Schütz (3) bezüglich des Dienstreglements die Auffassung teilt, wonach es als Verwaltungserlass lediglich Bestimmungen enthält, denen die "zweiseitig bindende Kraft fehlt", ist er bezüglich § 1 der Verordnung der Ansicht, diese Bestimmung richte sich durchaus auch an die Bürger. Zur

(1) Diesen Ausführungen zugrunde liegen die Werke von Willfratt und Schütz

(2) so Willfratt, S. 48 f., allgemein Häfelin/Haller, S. 292 ff.

(3) S. 112 f.

Begründung führt er an, der Gesetzgeber habe in § 23 der Zürcher StPO den Regierungsrat zum Erlass einer Verordnung ermächtigt "über Organisation und Ausübung der Kriminalpolizei". Diese Verordnung sei 1924 erlassen worden, 1951 dann aber wieder aufgehoben worden. In § 1 dieser Verordnung seien die Aufgaben der Polizei etwa gleich umschrieben gewesen wie in § 1 der Verordnung aus dem Jahre 1908, sodass letztere durchaus als Rechtsgrundlage herangezogen werden könne. Ueberdies werde die Verordnung von 1908 auch von "den höchsten zürcherischen Gerichten als Rechtsbasis" beigezogen.

Willfratt räumt ein, in einem Gerichtsentscheid sei Bezug genommen worden auf das Dienstreglement (4). Der Autor führt weiter aus, die Verordnung von 1908 stelle keinen Ausführungserlass von § 23 der StPO dar, sondern sie sei erlassen worden in Ausführung von § 17 des Gesetzes über die Kantonspolizei von 1897. Abgesehen davon beziehe sich § 23 der StPO lediglich auf Belange der Kriminalpolizei, nicht aber auf sicherheitspolizeiliche und insbesondere nicht auf präventive Massnahmen (5).

Willfratt führt aus, derartige Erwägungen seien nur Rechtfertigungsversuche, welche nicht darüber hinwegtäuschen könnten, dass im Kanton Zürich für den genannten Tätigkeitsbereich der Kantonspolizei eine klare Rechtsgrundlage in Form eines "eigentlichen allgemein verbindlichen Polizeigesetzes" fehlt. Auch Schütz (6) erachtet die lege ferenda eine ausdrückliche diesbezügliche Regelung, insbesondere der Passantenkontrolle, als wünschenswert, umsomehr, als die Polizei aufgrund von § 17 des Dienstreglements und im Sinne einer "allgemeinen Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit" derartige Kontrollen so oder so durchzuführen habe.

Gerade im Bereich der Passantenkontrolle, die in § 17 des Dienstreglements nur sehr knapp geregelt ist, tauchen immer wieder Probleme auf: "Nach Tunlichkeit sind Passantenkontrollen durchzuführen. Dabei sind die Ausweispapiere auf ihre Echtheit zu prüfen" (§ 17 DR).

(4) in ZR 34/184, wo die Rechtmässigkeit einer polizeilichen Festnahme mit dem Verweis auf § 34 des DR von 1911 und zusätzlich auf § 74 des Gemeindegesetzes begründet wurde

(5) a.a.O.

(6) S. 114

Nach dem Wortlaut der Bestimmung sind für die Passantenkontrolle anscheinend keine speziellen Voraussetzungen notwendig. Trotzdem kann nach Schütz (7) die mit einer Passantenkontrolle verbundene Arretierung nicht einfach ohne jegliche Voraussetzung gegenüber den Bürgern durchgeführt werden. Zumindest sei notwendig, dass der kontrollierte Bürger irgendeinen Anlass für die Vornahme der Kontrolle biete: Der kontrollierende Polizeibeamte müsse die betreffende Person aus irgendeinem Grunde für verdächtig halten, andernfalls die Personenkontrolle als Zwangsmittel zu einem willkürlichen Instrument werde.

Probleme ergeben sich gemäss Willfratt (8) immer dann, wenn sich eine Person an Ort und Stelle nicht ausweisen kann, so dass die Mitnahme auf den Polizeiposten notwendig wird. In dieser Situation bestehe für die Stadtpolizei Zürich die bessere rechtliche Grundlage als für die Kantonspolizei. Zur Erläuterung zitiert der Autor Art. 5 der alten Polizeiverordnung der Stadtpolizei Zürich (9), welcher wie folgt lautete: "Zur Erfüllung ihrer Aufgaben ist die Polizei befugt, Personen anzuhalten, von ihnen die Angabe der Personalien zu verlangen oder auf andere Weise deren Identität festzustellen". In der Formulierung "oder auf andere Weise" erblickt Willfratt sinngemäss die Zulässigkeit der Zuführung auf den Polizeiposten oder die Zulässigkeit einer Festnahme, auch wenn diese Mittel nicht ausdrücklich genannt sind. Der Autor betont, die erwähnte Bestimmung sei in der vorliegenden Fassung neu. Man dürfe wohl annehmen, dass der Fall "Iris von Roten" (10), welcher seinerzeit in der Presse einigen Staub aufgewirbelt habe, Anlass für diese Ausgestaltung des polizeilichen Kontrollrechts gewesen sei.

(7) S. 115 f.

(8) S. 49 und 50

(9) Heute gilt die Verordnung vom 30. März 1977, deren Art. 5 lautet "Jedermann ist verpflichtet, den Polizeiorganen auf Verlangen die Personalien anzugeben, Ausweise vorzulegen oder auf andere Weise seine Identität feststellen zu lassen"; gemäss Willfratt ist auch hier die Grundlage für Zuführung auf den Polizeiposten und allfällige Festnahme sinngemäss gegeben.

(10) Iris von Roten, deren Fall die Öffentlichkeit in den späteren Fünfzigerjahren bewegte, wurde polizeilich angehalten, als sie sich spätabends nach Hause begeben wollte. In der Folge schrieb man in der Neuen Zürcher Zeitung einen Artikel, der einige Beachtung fand, worin sie sich über das Vorgehen der Polizei beschwerte. Man habe sie behandelt wie eine Verbrecherin, obwohl sie sich überhaupt nichts habe zuschulden kommen lassen.

II Versuch zur Schaffung eines kantonalen Polizeigesetzes

A) Antrag des Regierungsrates vom 23. Dezember 1981 zum Gesetz über das Polizeiwesen (Polizeigesetz)

In der Folge werden diejenigen Bestimmungen aufgezeigt, deren Materie angesichts der heutigen unsicheren Rechtsgrundlage immer wieder Fragen offenlässt.

§ 75 "Festnahme /Voraussetzungen"

"Die Polizei kann eine Person festnehmen,

- a) wenn ihre Festnahme unerlässlich erscheint, um die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens zu verhindern;
- b) wenn sie der Aufforderung, von einer Uebertretung abzustehen, nicht Folge leistet;
- c) wenn sie auf öffentlichem Grund, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder der Allgemeinheit zugänglichen Räumen Dritte belästigt oder behindert und dadurch schweres Aergernis erregt;
- d) wenn sie in einem die freie Willensbetätigung stark beeinträchtigenden Zustand sich selber oder andere ernsthaft und unmittelbar gefährdet;
- e) wenn sie sich dem Vollzug einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahme durch Flucht entzogen hat;
- f) zur Sicherstellung des Vollzugs einer durch die zuständige Instanz angeordneten Wegweisung, Ausweisung, Landesverweisung oder Auslieferung" (Abs. 1)

"Vorbehalten bleiben polizeiliche Festnahmen aufgrund anderer Gesetze" (Abs. 2)

§ 76 "Festnahme /Anordnung"

"Der Festnahmebefehl wird durch die zuständige Instanz schriftlich erlassen. Er enthält insbesondere den Grund der Festnahme, deren Rechtsgrundlage und eine Belehrung über die Rechte der festzunehmenden Person." (Abs. 1)

"In dringenden Fällen kann jeder Polizeibeamte von sich aus eine Person festnehmen. Der schriftliche Befehl muss durch die zuständige Instanz nachgebracht werden, sofern die Festnahme länger als 24 Stunden dauert." (Abs. 2)

In der Weisung führt der Regierungsrat aus (11), die Vorlage folge bezüglich der Festnahme gemäss § 75 Abs. 1 lit. b und c der Auffassung, dass kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehungen nicht unter Art. 5 EMRK fallen. Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK lasse die Festnahme zur Verhinderung strafbarer Handlungen zu. Damit in Einklang stünden die in Abs. 1 lit. a und b umschriebenen Festnahmegründe. Die Präventivhaft (lit. a) sei der zentrale Festnahmegrund im Bereich der Gefahrenabwehr, wobei auch hier selbstverständlich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren sei.

Die Festnahmegründe, die in der StPO vorgesehen seien, könnten diese Funktion nicht erfüllen, da sie durchwegs dringenden Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens erforderten, den Verdacht also, dass ein Delikt bereits begangen worden sei, dass somit der Täter die Grenze der strafbaren Vorbereitungshandlungen bereits überschritten habe. Dabei sei zu beachten, dass das Bundesgericht die "Anforderungen an den strafbaren Versuch in Abgrenzung zur straflosen Vorbereitungshandlung recht eng" setze. Es sei offensichtlich widersinnig, "die Polizei bei drohender, nur durch eine Festnahme abwendbarer Gefahr zur Untätigkeit zu zwingen, nur weil ein bereits begangenes Verbrechen oder Vergehen" nicht vorliege, bisher unbekannt geblieben sei oder ein vorhandener Tatverdacht (noch) nicht als dringend im Sinne der StPO beweisbar sei.

Der Festnahmegrund gemäss lit. b übernehme geltendes Recht, nämlich aus § 339 Abs. 2 StPO, welches "jedoch seines präventiven Charakters wegen in das Polizeigesetz" gehöre und aus der künftigen Strafprozessordnung entfernt werde.

Lit. c entspreche "einem ausgewiesenen Bedürfnis in der alltäglichen Polizeipraxis, weil solche Störungen oft nicht anders als durch vorübergehende Festnahme des Störers beseitigt werden" könnten. Materiell ersetze und präzisiere lit. c den bestehenden § 67 des Dienstreglements und ähnliche Be-

(11) Amtsblatt 1981 S. 631 f.

stimmungen in Gemeindepolizeiverordnungen.

Bei lit. b und c dürfe die Haftdauer die Frist von 24 Stunden nicht überschreiten (was in § 78 Abs. 1 ausdrücklich geregelt wird), während beim Haftgrund gemäss lit. d auf eine absolute zeitliche Befristung von 24 Stunden verzichtet worden sei, "weil die erhebliche Gefahrensituation länger dauern" könne. Eine zeitliche Limite ergebe sich aber trotzdem daraus, dass § 78 Abs. 2 vorschreibe, dass der Festgenommene spätestens am Tag nach der Festnahme zu entlassen sei, wenn nicht vorher beim Richter ein Gesuch um Bewilligung der Fortdauer der Haft gestellt werde.

§ 66 "Anhalten / Identitätsfeststellung"

"Zur Erfüllung ihrer Aufgaben kann die Polizei eine Person anhalten, deren Identität feststellen und abklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen oder andern Sachen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird." (Abs. 1)

"Der Angehaltene muss auf Verlangen seine Personalien angeben, Ausweispapiere vorlegen, Sachen in seinem Gewahrsam vorzeigen und zu diesem Zweck Fahrzeuge und andere Behältnisse öffnen." (Abs. 2)

"Der Angehaltene kann zu einer Polizeidienststelle gebracht werden, wenn seine Identität an Ort und Stelle nicht sicher oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann oder wenn Zweifel an der Richtigkeit seiner Angaben, an der Echtheit seiner Ausweispapiere oder am rechtmässigen Besitz von Fahrzeugen oder andern Sachen besteht." (Abs. 3)

Der Regierungsrat führt dazu in der Weisung erläuternd aus (12), im geltenden Recht sei diese Materie soweit sie eine ausdrückliche Regelung gefunden habe, durchwegs auf Verordnungsstufe geregelt (§ 17 des Dienstreglements und diverse Gemeindepolizeiverordnungen).

Personenkontrollen seien ein "unverzichtbares Mittel zur Aufdeckung strafbarer Handlungen und zur Fahndung" sowie zur "präventiven Gefahrenabwehr". Daher sei eine diesbezügliche Verankerung auf Gesetzesstufe zweckmässig,

(12) Amtsblatt 1981 S. 625 f.

auch wenn die Personenkontrolle "im Einzelfall nur einen geringfügigen Eingriff" darstelle. Nach der Vorlage ist die Personenkontrolle als Kontrolle von Einzelpersonen, Personengruppen (Bsp. Besucher eines bestimmten Lokals, bei Transitkontrollen die Benützer einer bestimmten Strasse) oder von allen Personen möglich, die sich in der Nähe bestimmter gefährdeter Personen und Sachen aufhalten (Bsp. bei internationalen Konferenzen etc.). Die vorgeschlagene Bestimmung würde auch Razzien abdecken.

Gemäss Regierungsrat ist eine derart weitgefasste Bestimmung notwendig, andernfalls für spezielle Massnahmen doch wieder die polizeiliche Generalklausel (§ 54) herangezogen werden müsste, aufgrund welcher die Polizei ganz allgemein zur Gefahrenabwehr befugt ist. Der Gesetzgeber könne nämlich nicht sämtliche künftigen Gefahren voraussehen; die Polizei müsse aber im Einzelfall im Sinne der Gefahrenabwehr tätig werden, auch wenn eine spezifische Regelung fehle (13).

§ 54 "Allgemeine Ermächtigung zur Gefahrenabwehr" (Generalklausel)

"Soweit besondere Bestimmungen über das Tätigwerden der Polizei und die zu ergreifenden Massnahmen fehlen oder keine abschliessende Regelung enthalten, ist die Polizei befugt, diejenigen Massnahmen zu treffen, die notwendig sind, um im Einzelfall eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Sie entscheidet dabei nach Massgabe der §§ 55 - 77, ob und wie die Gefährdung abzuwenden sei." (Abs. 1)

"Fällt die Gefahrenabwehr in die Zuständigkeit einer andern Stelle, darf die Polizei von sich aus nur unaufschiebbare Massnahmen treffen." (Abs. 2)

§ 55 "Verhältnismässigkeit"

"Stehen zur Erreichung eines polizeilichen Zwecks mehrere geeignete Massnahmen zur Verfügung, muss diejenige getroffen werden, welche den einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigstens belastet."

§ 56 "Adressat polizeilicher Massnahmen / Grundsatz"

"Polizeiliche Massnahmen richten sich gegen denjenigen, der unmittelbar die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet oder der für das Verhalten eines Dritten verantwortlich ist, das zu einer solchen Störung oder Gefährdung führt." (Abs. 1)

"Geht eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unmittelbar von einer Sache aus, richten sich die Massnahmen gegen denjenigen, der als Eigentümer oder aus einem andern Grund die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt." (Abs. 2)

§ 57 "Adressat polizeilicher Massnahmen / Ausnahme"

"Die Polizei darf Massnahmen gegen andere Personen richten, wenn eine schwere Störung oder eine gegenwärtige erhebliche Gefahr durch Vorgehen gegen die gemäss § 56 verantwortlichen Personen oder durch Einsatz eigener Mittel nicht behoben werden kann oder wenn ein solches Vorgehen zu einer unverhältnismässig grossen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder zu einem unverhältnismässigen Einsatz polizeilicher Mittel führen würde." (Abs. 1)

"Solche Massnahmen dürfen nur aufrechterhalten werden, solange diese Voraussetzungen gegeben sind." (Abs. 2)

Um Rechtsungleichheiten zu vermeiden, sei - gemäss Regierungsrat (14) - in § 116 lit. c die Leistung von Schadenersatz "an die in Anspruch genommenen Nicht-Störer" vorgesehen.

B) Aenderungsanträge des Kantonsrates gemäss Abstimmungsvorlage vom
4. Dezember 1983

§ 54 und § 55 : Keine Aenderung

§ 56 : "Polizeiliche Massnahmen gemäss § 54 richten sich ..." (Abs. 1)

§ 57 : "Die Polizei darf solche Massnahmen ..." (Abs. 1)

Diese Aenderungsanträge der Kommissionsmehrheit wurden genehmigt und in die vorne zitierten Bestimmungen integriert. § 57 und § 75 er-
fuhren nachträglich noch geringfügige Aenderungen seitens der Redak-
tionskommission, welche aber keine materiellen Aenderungen darstellen.

C) Volksabstimmung vom 4. Dezember 1983

Diese im erwähnten Sinne genehmigte Fassung bildete schliesslich Gegen-
stand der Volksabstimmung vom 4. Dezember 1983.

Die Vorlage wurde vom Volk jedoch klar verworfen. Der Versuch zur
Schaffung eines kantonalen Polizeigesetzes ist für einmal gescheitert,
so dass heute nach wie vor die genannten Unsicherheiten im geschilder-
ten Bereich polizeilicher Tätigkeiten bestehen.(15).

(15) Zur Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regelung auch R. Hauser, Poli-
zeiliche Eingriffe in die persönliche Freiheit und das Eigentum,
Kriminalistik 1986, 210

§ 9 Die Forderung nach unverzüglicher Zuweisung des Festgenommenen an den zuständigen Untersuchungsbeamten zur ersten Einvernahme

I Die Regelung im Kanton Zürich

A) Die 24 Stunden-Frist als Phase der polizeilichen Ermittlungen ? (1)

Gemäss § 73 StPO Zürich ist der "Festgenommene ohne Verzug und jedenfalls innerhalb von 24 Stunden vor einen Untersuchungsbeamten ... zu führen...".

Durch die Forderung nach unverzüglicher Weiterführung des Festgenommenen soll das fehlende Erfordernis eines Haftbefehls abgeschwächt und der Gefahr einer ungerechtfertigten Festnahme zumindest dadurch begegnet werden, dass man diesen allenfalls rechtswidrigen Zustand nur so kurz wie möglich andauern lassen will (2).

Die vorläufige Festnahme darf nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht in erster Linie eine Phase des Strafverfahrens darstellen, in welcher Beweise gesammelt und Ermittlungen über den Täter und den Tathergang geführt werden. Die vorläufige Inhaftierung soll der Polizei nicht Hilfsmittel sein, sich die notwendigen Informationen leichter verschaffen zu können durch Verhöre oder Anwendung von Druckmitteln gegenüber dem aufgrund der Haft immer zur Verfügung stehenden Festgenommenen.

Trotz dieser Vorstellung des Gesetzgebers liegen die Verhältnisse in der Praxis anders. Derartige Ueberschreitungen sind angesichts unseres Behördenapparates mit ihrem Ausbau der Informationsquellen bei der Kriminalpolizei praktisch nicht vermeidbar. Es bleibt kaum aus, dass die Polizei in der Zeit zwischen Festnahme und Weiterführung an den Untersuchungs-

(1) vgl. zu dieser Frage auch Hauser, Kurzlehrbuch, 1.A., S. 190 ff.

(2) so auch Zindel, S. 79

beamten sich an den Festgenommenen hält, um Ermittlungen zu tätigen. Meist sind zur Zeit der Festnahme Fragen bezüglich des Tatherganges, eventuell sogar die Identität des Täters, die Tatmotive, Fragen allfälliger Mittäterschaft, Schadenausmass etc. noch überhaupt nicht oder nur unvollständig geklärt, und die Beweise gegen den Festgenommenen, die für seine Einweisung in Untersuchungshaft notwendig sind, liegen noch nicht oder nur bruchstückhaft vor. Das vorhandene Beweismaterial würde im Verfahren vor dem Untersuchungsbeamten nicht ausreichen zur Ueberführung, obwohl die Schuld des Festgenommenen nach Meinung des Gesetzes eigentlich feststehen müsste. Um solchen Unzulänglichkeiten zu begegnen, ist in der Praxis fast unvermeidlich, dass die Polizei die - wenn auch sehr kurze - Dauer der vorläufigen Inhaftierung dazu benützt, Ermittlungen durchzuführen, allenfalls durch Verhöre mit dem Festgenommenen, um dem Untersuchungsbeamten die notwendigen Beweise in die Hand zu geben. Auf der andern Seite weist Hauser jedoch ausdrücklich auf die daraus resultierende Gefahr von Doppelspurigkeiten und unnötigen Wiederholungen von Untersuchungshandlungen. Orlando (3) kritisiert eine vorläufige Festnahme, welche nur zum Zweck eines Geständniszwangs erfolgen würde, als eine Verletzung von Art. 7 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Zürich und von § 154 der StPO Zürich (4).

In der Einräumung von immerhin 24 Stunden, als relativ grosszügiger Auslegung des Begriffs "ohne Verzug" (§ 73 StPO Zürich), kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber polizeiliche Ermittlungen in dieser Zeit nicht ausschliesst. Hier ist das Beispiel des Kantons Neuenburg anzuführen: Auch die StPO Neuenburg fordert grundsätzlich die Weiterführung innert 24 Stunden (Art. 118 Abs. 1). Abs. 2 erlaubt eine Verlängerung dieser Frist bis zu maximal drei Tagen, sofern die Ueberschreitung der 24 Stunden im Polizeibericht begründet wird. An die Qualität dieser möglichen Gründe werden von Seiten des Gesetzgebers scheinbar keine ausdrücklichen Anforderungen gestellt. Daraus ist zu schliessen, dass auch polizeiliche Ermittlungen während dieser Zeit als Grund der Verzögerung nicht auszu-

(3) S. 76 ff.

(4) Weder "Versprechungen, noch Vorspiegelungen, noch Drohungen oder Zwangsmittel" sind zulässig, um den Angeschuldigten zu einem Geständnis zu bewegen.

schliessen sind (5).

Die erwähnte Auslegung der Bestimmung lässt sich auch aus dem geschichtlichen Rückblick der Zürcher StPO ableiten: Sandmeyer (6) zitiert in seinem Werk von 1909 die diesbezügliche Regelung des damals geltenden Rechtspflegegesetzes für den Kanton Zürich aus dem Jahre 1974: "Der Verhaftete ist ohne Verzug und jedenfalls innert 12 Stunden vor die zuständige Behörde zu führen". Die heute geltende StPO von 1919 hat diese Frist auf 24 Stunden ausgedehnt (§ 73). In dieser Fristverlängerung kann durchaus ein stillschweigendes Zugeständnis des Gesetzgebers gesehen werden an die Notwendigkeit und Berechtigung der ersten Ermittlungstätigkeit durch die Polizei vor der Einvernahme durch den Untersuchungsrichter.

Nach Untersuchungen, die im Kanton Zürich durchgeführt wurden, zeigt sich folgendes Bild in der Praxis (7): Ungefähr 77 % der vorläufig Festgenommenen wurden innert 24 Stunden dem Untersuchungsbeamten zugeführt, ungefähr 18 % innert 36 Stunden, ungefähr 2 % innert 48 Stunden und weitere ca. 2 % nach Ablauf von 48 Stunden. Dieses Ergebnis macht deutlich, dass die meisten festgenommenen Personen, wie dies der Gesetzgeber fordert, innerhalb von 24 Stunden weitergeführt werden. Die Behörden sind somit tatsächlich bestrebt, dem Gesetz diesbezüglich Genüge zu tun. Was jedoch gemäss Orlando an diesem Untersuchungsergebnis verdeckt bleibt, ist die Tatsache, dass die Polizeiorgane in den meisten Fällen unmittelbar im Anschluss an die Festnahme - auf jeden Fall vor der Zuführung vor den Bezirksanwalt - eine polizeiliche Einvernahme anschliessen. Der Autor betont, dass das aufgezeigte Resultat nur für diejenigen Fälle gelte, in denen der Festgenommene im Anschluss an die Einvernahme durch den Untersuchungsrichter in Untersuchungshaft gesetzt werde. Im Falle der Freilassung vor der Weiterleitung des Falles an den Untersuchungsrichter würde dieser meist nicht einmal benachrichtigt. Die Polizeiorgane würden somit "offensichtliche" Fälle selbständig erledigen. Nach Darstellung von Orlando liegt dann trotz Einhaltung der 24 Stunden-Frist eine Verletzung von § 73 vor, da seiner Ansicht nach die Einvernahme

(5) Für Jescheck/Krümpelmann, S. 610 f., ist klar, dass damit polizeiliche Ermittlungen als zulässig erachtet werden.

(6) S. 130

(7) Orlando, S. 93

nur dem Untersuchungsrichter, nicht aber der Polizei, vorbehalten sein sollte (8).

Die Befürwortung von derartigen polizeilichen Ermittlungen lässt sich in der Praxis rechtfertigen im Hinblick auf eine rationellere Strafuntersuchung. Aus dieser Sicht ist es den Polizeibeamten zuzubilligen, festgenommene Personen selbst einzuvernehmen, um erste Ermittlungen zu führen und Beweise zu sammeln. Die Untersuchungen würden erheblich verzögert, wenn sich der Untersuchungsrichter in jedem Fall als erstes und einziges Organ mit der Beweisermittlung auseinandersetzen müsste.

B) Der Beginn des Fristenlaufes bei der privaten Festnahme

Die 24 Stunden-Frist gemäss § 73 StPO Zürich beginnt im Falle der Festnahme durch Privatpersonen erst im Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Festgenommene in die Hände der Polizei übergeben wird (9). Andernfalls würde die vom Gesetz vorgesehene zeitliche Limite mangels Kontrolle über die festnehmende Privatperson illusorisch. Der Schutz des Festgenommenen vor zu langer Verwahrung ohne polizeiliche Kontrolle soll mit der Forderung nach unverzüglicher Meldung einer privaten Festnahme an die Polizei garantiert werden.

II Die Regelung in den einzelnen Kantonen

Die Forderung nach Vorführung des vorläufig Festgenommenen innerhalb einer möglichst kurzen Frist kommt in allen Strafprozessordnungen zum Ausdruck, wenn auch die genaue Ansetzung der noch zu tolerierenden Dauer zum Teil recht unterschiedlich gehandhabt wird.

-
- (8) Bei der Bezirksanwaltschaft Zürich existiert die Institution des "Transports", wobei je ein Bezirksanwalt im Turnus dafür zuständig ist, alle innerhalb der vorangegangenen 24 Stunden festgenommenen Personen einzuvernehmen und sofort über Freilassung oder Einweisung in Untersuchungshaft zu entscheiden. Dabei werden alle in Polizeihaft befindlichen Personen dem Bezirksanwalt zur Einvernahme vorgeführt; die Polizei entscheidet hier nicht selbständig über eine mögliche Freilassung.
- (9) Meyer, S. 164 f.

A) Frist bis zu 24 Stunden

Neben Zürich (§ 73) sehen die folgenden Kantone ebenfalls eine maximale Frist von 24 Stunden vor:

- Aargau fordert die unverzügliche Weiterleitung des Betreffenden an den Untersuchungsbeamten (§ 73 Abs. 2), während bis zur Einvernahme eine äusserste Toleranzgrenze von 24 Stunden vorgesehen ist ("spätestens innerhalb 24 Stunden", § 74)(10).
- Obwalden sieht vor, dass der Festgenommene "längstens innert 24 Stunden nach der Zuführung" verhört werden muss (Art. 64 Abs. 3).
- Gemäss Art. 53 StPO Glarus soll "jeder Verhaftete ... binnen 24 Stunden nach seiner Festnahme einvernommen werden". Diese Bestimmung muss wohl auch auf die vorläufige Festnahme Anwendung finden.
- § 41 Abs. 3 StPO Solothurn fordert den Entscheid des Untersuchungsrichters über Freilassung oder Haftbefehl "innert 24 Stunden seit der Mitteilung" durch die Polizei. Die Polizeibeamten sind nach § 41 Abs. 3 verpflichtet, "von jeder Festnahme, die durch sie selbst oder nach ihrer Kenntnis durch Dritte erfolgt ist", dem Richter "unverzüglich" Mitteilung zu machen (11). Da die 24 Stunden-Frist hier erst anläuft mit der Mitteilung der Polizei an den Untersuchungsrichter, ist es unter Umständen möglich, dass der Festgenommene in der Praxis längere Zeit seiner Freiheit beraubt ist. Gerade bei der Festnahme durch Privatpersonen kann trotz der Forderung des Gesetzgebers nach unverzüglicher Meldung (12) für den Festgenommenen wertvolle Zeit verstreichen, bis die Meldung der Festnahme über die Polizei an den Untersuchungsrichter gelangt.
- Art. 58 Abs. 3 Vaud sieht die unverzügliche Weiterleitung ("sans délai") des Festgenommenen an die Polizei (bei Festnahme durch Privatpersonen) oder den zuständigen Richter (bei polizeilicher Festnahme) vor. Art. 58 Abs. 3 a.E. fordert mit Hinweis auf Art. 129 die Einvernahme des Festgenommenen durch den Untersuchungsrichter innert 24

(10) Im Unterschied zur Einvernahme des "Verhafteten" (Haftbefehl), die spätestens "am ersten Werktag nach der Zuführung" stattfinden muss, so § 71 Abs. 1 StPO Aargau

(11) mit Richter ist hier der Untersuchungsrichter gemeint

(12) Meldung des Privaten an die Polizei, § 40 Abs. 1; und Meldung der Polizei an den Untersuchungsrichter, § 41 Abs. 3

Stunden; Art. 129 wiederholt diesen Grundsatz als ausdrückliche Pflicht des Untersuchungsrichters.

- Die StPO des Kantons Thurgau strebt ebenfalls eine maximale Dauer von 24 Stunden an: § 121 sieht vor, dass der "Verhaftete" "spätestens am Tag nach der Zuführung einzuvernehmen" ist. Diese Bestimmung muss wohl auch für die vorläufige Festnahme gelten, obwohl nur von "Verhafteten" die Rede ist. § 119 Abs. 1 a.E., wonach der Untersuchungsbeamte nach Benachrichtigung von der Festnahme durch die Polizei "den Zugeführten" zu verhören hat, muss ebenfalls im Sinne der erwähnten Toleranzfrist von 24 Stunden gesehen werden.
- Gemäss Art. 112 Abs. 2 StPO Uri darf die Festnahme die Dauer von "24 Stunden nicht übersteigen". Daraus ergibt sich, dass innert 24 Stunden entweder die Freilassung erfolgt oder ein allfälliger Haftbefehl erlassen sein muss.
- § 62 Abs. 1 StPO Basel-Stadt fordert die unverzügliche Einvernahme des Betroffenen, die "spätestens aber am Tage nach der Festnahme" zu erfolgen hat. Damit gewährt der Gesetzgeber auch hier eine maximale Frist von 24 Stunden.
- Fribourg sieht in Art. 2 Abs. 3 der StPO vor, dass die "Vernehmung des Beschuldigten ... innerhalb 24 Stunden nach der Einlieferung" erfolgen muss.

B) Erster Werktag nach der Festnahme

Die Kantone Bern, Luzern, Schwyz, St. Gallen, Appenzell A.Rh. und Jura sehen eine längere Frist vor, die sich höchstens auf den ersten Werktag nach der Zuführung ausdehnen darf.

- Art. 82 Abs. 2 Bern will grundsätzlich nur 24 Stunden als Höchstgrenze anerkennen, sieht aber im weiteren vor, dass "Sonntage und staatlich anerkannte Feiertage" dabei nicht einzurechnen sind. Damit steht der Kanton Bern grundsätzlich auf der Stufe der Kantone mit einer maximalen Frist von 24 Stunden; bei einer Festnahme an Samstagen oder vor Feiertagen aber dehnt sich diese Höchstdauer um einen Tag aus auf den nächsten Werktag. In den erwähnten Kantonen mit einer

fixen Höchstdauer von 24 Stunden sind Sonntage und Feiertage eingeschlossen (13).

- Gemäss § 52 Abs. 2 StPO Luzern ist der Festgenommene "unverzüglich dem Amtsstatthalter zuzuführen, der ihn sofort, spätestens am nächsten Werktag" einzuvernehmen hat. Nach Studer (14) nimmt die Polizei in der Praxis oft vorläufige Festnahmen vor unter "stillschweigender Duldung des Amtsstatthalters" zum Zweck der Sammlung von Beweisen und zur "Förderung der Geständnisbereitschaft" des Festgenommenen. Diese Schilderungen des Autors lassen den Schluss zu, dass nicht nur im Kanton Zürich, sondern auch im Kanton Luzern und wohl in allen übrigen Kantonen desgleichen der Trend zu Vorbereitungs-handlungen der Polizei herrscht.
- Auch § 32 Abs. 1 StPO Schwyz sieht die gleiche Regelung vor: Der Verhaftete ist "in der Regel sofort, spätestens aber am ersten Werktag nach der Zuführung einzuvernehmen". Diese Bestimmung muss auch auf die vorläufige Festnahme Anwendung finden. Voranzugehen hat gemäss § 29 Abs. 3 eine sofortige Meldung jeder Festnahme an den Untersuchungsrichter.
- Der Kanton St. Gallen sieht in Art. 97 Abs. 2 vor, dass der Festgenommene "spätestens am ersten Werktag nach der Zuführung" vom Untersuchungsrichter verhört werden muss.

C) Frist von höchstens 48 Stunden

Die Kantone Appenzell I.Rh., Schaffhausen, Graubünden und Wallis sehen die längste Frist als Normalfall vor.

- Art. 28 Abs. 2 StPO Appenzell I.Rh. fordert die Einvernahme "unverzüglich, jedenfalls innert 48 Stunden". Diese Bestimmung muss auch für die vorläufige Festnahme gelten (15).
- Art. 72 Abs. 1 Graubünden will die sofortige Meldung jeder Festnahme an den Staatsanwalt, der dann innert 48 Stunden eine Einvernahme durch-

(13) Die gleiche Regelung findet sich auch in den Kantonen App.A.Rh. (Art. 105 Abs. 1) und Jura (Art. 78 Abs. 2).

(14) S. 68

(15) Art. 53 des Vorentwurfes für eine neue StPO fordert die unverzügliche Befragung des Festgenommenen durch die Polizei, wobei ihm Gelegenheit zu geben ist, "die Gründe der Festnahme zu entkräften" (Abs. 1). Der Festgenommene ist spätestens innert 24 Std., Sonn- und Feiertage eingerechnet, dem Untersuchungsrichter zuzuführen (Abs. 2), welcher dann innert weiterer 24 Std., Sonn- und Feiertage eingerechnet, die Einvernahme durchzuführen hat (Abs. 3). Damit duldet der Gesetzgeber höchstens 48 Std. zwischen der Festnahme des Betroffenen und seiner Einvernahme durch den Untersuchungsrichter.

zuführen hat. Gemäss Tarnutzer (15) soll die Mitteilung an den Staatsanwalt wenn nötig gegebenenfalls "auch nachts und sonntags" erfolgen.

- Schaffhausen sieht in Art. 98 Abs. 1 die Einvernahme vor "spätestens innerhalb zweimal 24 Stunden seit der Verhaftung oder vorläufigen Festnahme" (so auch Art. 157 Abs. 2 der Vorlage für die neue StPO).
- Art. 71 StPO Wallis führt aus, der Betroffene müsse "spätestens am zweiten Werktag, der auf die Verhaftung folgt", einvernommen werden. Grundsätzlich liegt somit auch der Kanton Wallis innerhalb der 48 Stunden-Grenze. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich jedoch, dass in dieser Frist Sonntage und Feiertage nicht einzurechnen sind, sodass sich bei einer Festnahme am Samstag oder vor einem Feiertag die zulässige Höchstdauer um einen Tag verlängern kann.

Mit dieser Regelung sieht der Kanton Wallis die für die Untersuchungsbehörde grosszügigste Lösung aller Kantone als Normalfall vor. Wie erwähnt erlaubt auch der Kanton Neuenburg (Art. 118 Abs. 2) eine ebenso lange Frist, aber immer nur in Ausnahmefällen und mit Angabe der Gründe, die zur Verzögerung führten.

D) Spezialfälle

Eine Mittelstellung nimmt der Kanton Zug ein mit einer zulässigen Höchstdauer von 36 Stunden (§ 16 Abs. 3) (16).

Ohne Angabe einer Frist fordert Genf in Art. 122 Abs. 2 die unverzügliche Weiterführung des Festgenommenen an einen Beamten, der zur Ausstellung eines "mandat d'amener" kompetent ist.

E) Zusammenfassung

Auffallend ist, dass die meisten Kantone 24 Stunden als Höchstdauer vorsehen. Der Gesetzgeber stellt also in den meisten Kantonen den Schutz des Festgenommenen über die Vorteile, die sich aus einer längeren Frist für die Untersuchungsbehörden ergeben würden. Mit der in allen Kantonen in

(15) S. 60 f.

(16) vgl. auch Ulrich, S. 41

irgendeiner Form vorgesehenen unverzüglichen Meldung der Festnahme an den zuständigen Untersuchungsbeamten will der Gesetzgeber in einem möglichst frühen Zeitpunkt die neutrale Instanz eines Untersuchungsrichters einschalten, um dem Festgenommenen den grösstmöglichen Schutz vor Willkür und Irrtum seitens des Festnehmenden zu gewähren. Allerdings dürften diese Bestimmungen oft trotzdem nicht die gewünschte Schutzwirkung erzielen. Insbesondere eine Frist von 48 Stunden oder mehr lässt den Gedanken des Schutzes des Festgenommenen zu sehr in den Hintergrund treten. Daran vermag bei dieser langen Frist auch die Forderung nach unverzüglicher Meldung der Festnahme an den Untersuchungsrichter nichts zu ändern.

§ 10 Vorläufige Festnahme und Hausdurchsuchung

I Art. 8 EMRK als Grundlage

Art. 8 EMRK schützt die Privatsphäre des Einzelnen und sieht ausdrücklich vor: "Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs" (Ziff. 1).

Wie das Recht auf persönliche Freiheit darf auch der vorliegende Anspruch nur in Ausnahmefällen verletzt werden, in denen höhere Interessen (1) die Missachtung dieses Rechts verlangen und in denen überdies eine entsprechende gesetzliche Grundlage eine Missachtung überhaupt erlaubt.

II Das Hausrecht als Teil des von Art. 8 EMRK geschützten Rechtsgutes

Aus Art. 8 EMRK ("... Anspruch auf Achtung ... seiner Wohnung ...") lässt sich das Hausrecht ableiten. Das Hausrecht stellt eines der "Freiheitsrechte des Individuums" (2) dar, welche weder von der Bundesverfassung garantiert noch vom Bundesgericht als ungeschriebenes Verfassungsrecht geschützt, sondern lediglich auf der Stufe der Kantonsverfassungen ausdrücklich als Freiheitsrecht garantiert wird (3).

Das Hausrecht lässt sich als Gewährleistung der Unverletzlichkeit jedes "umfriedeten Besitztums" wie Haus, Wohnung etc. definieren und stellt

-
- (1) Gemäss Art. 8 EMRK sind derartige höhere Interessen u.a. die "nationale Sicherheit", die "öffentliche Ruhe und Ordnung", die "Verhinderung von strafbaren Handlungen", der "Schutz der Rechte und Freiheiten anderer" (Ziff. 2)
 - (2) vgl. zu diesem Abschnitt Giacometti, S. 155 ff.
 - (3) So z.B. Art. 8 KV Zürich: "Das Hausrecht ist unverletzlich". Das Hausrecht wird von den meisten Kantonsverfassungen geschützt: Bern KV 78, Luzern KV 5, Uri KV 29, Schwyz KV 5, Obwalden KV 6, Nidwalden KV 5, Zug KV 9, Freiburg KV 4, Solothurn KV 14, Basel-Landschaft KV 7, Schaffhausen KV 20, Appenzell A.Rh. KV 11, Appenzell I.Rh. KV 2, St. Gallen KV 30, Graubünden KV 9, Aargau KV 20, Thurgau KV 10, Waadt KV 5, Neuenburg KV 7, Genf KV 4 (Giacometti, a.a.O.)

somit in gewissem Sinne eine "Folgerung und Ergänzung" des Rechts auf persönliche Freiheit dar. Hausrecht bedeutet weiter die Garantie des sogenannten Hausfriedens, welcher sich auf bestimmte Räumlichkeiten erstreckt, in denen sich der Betreffende seinem Willen gemäss aufhalten darf, ungestört von jeglicher Einwirkung durch Drittpersonen. Kein Staatsorgan darf grundsätzlich ohne Einwilligung seines Besitzers das umfriedete Besitztum im Sinne eines Hauses, einer Wohnung etc. betreten.

Das Hausrecht darf nur in Ausnahmefällen zum Zweck der Wahrung höherer Interessen verletzt werden. Im konkreten Fall ist unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Interessenabwägung notwendig im Sinne einer Gegenüberstellung der Interessen des betreffenden Bewohners am Schutz seines Hausfriedens und der Interessen des Eindringenden an Missachtung des fremden Hausrechts.

III Hausrecht und Strafverfahren

A) Grundsatz

Das Strafrecht erachtet den Hausfrieden als geschütztes Rechtsgut, dessen Verletzung unter Strafe gestellt ist. Art. 186 StGB sieht im Hausfriedensbruch ein auf Antrag strafbares Delikt gegen die Freiheit des Einzelnen, das mit Gefängnis oder mit Busse geahndet wird.

Gemäss Art. 8 KV Zürich liegt jedoch dann kein Hausfriedensbruch im rechtlichen Sinne vor, wenn das Eindringen in die erwähnten Räumlichkeiten entweder "mit Einverständnis des Bewohners oder ... auf Ermächtigung eines Beamten hin" geschieht.

B) Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs zur Wahrung höherer Interessen (4)

Mit dem Instrument der Hausdurchsuchung erhalten die Strafverfolgungsbehörden ein Mittel, um in ganz bestimmten Fällen derartige grundsätzlich geschützte Räumlichkeiten zu betreten, um sie nach Personen oder bestimmten Gegenständen zu durchsuchen. Da die polizeiliche Hausdurchsuchung

(4) Schütz, S. 62 ff.; Sträuli, Kommentar zu § 90 StPO Zürich

einen relativ schweren Eingriff in die Privatsphäre des Durchsuchten darstellt, ist es notwendig, diese Massnahme an das Vorliegen von ganz bestimmten Voraussetzungen zu binden.

a) Grundsatz: Hausdurchsuchung nur mit Hausdurchsuchungsbefehl

Grundsätzlich ist eine Hausdurchsuchung nur aufgrund eines entsprechenden Hausdurchsuchungsbefehls erlaubt, welcher die geforderte Ermächtigung des Beamten im Sinne von Art. 8 Abs. 2 KV Zürich darstellt. Für den Entscheid, ob ein solcher Befehl ausgestellt werden darf, muss sich die zuständige Behörde vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Sinne der Vornahme einer Interessenabwägung leiten lassen.

b) Ausnahme: Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl

1) Zum Zweck der Verhaftung eines Angeschuldigten (§ 90 StPO Zürich)

§ 90 StPO Zürich sieht eine Ausnahme vor in dem Sinne, als hier für das Eindringen in bestimmte Räumlichkeiten keine schriftliche Ermächtigung vorliegen muss.

§ 90 spricht ausdrücklich von der Verhaftung eines Angeschuldigten.

Gemäss Schütz (5) sind aber auch "Verurteilte", "Angeklagte" und Fälle der vorläufigen Festnahme unter diesen Personenkreis zu zählen.

2) Bei Vorliegen von Gefahr im Verzug (§ 88 Abs. 3 StPO Zürich)

Gemäss § 88 Abs. 3 StPO Zürich ist "jeder Polizeibeamte oder Polizeiangestellter" berechtigt, im Falle des Vorliegens von Gefahr im Verzug eine Wohnung zu durchsuchen.

Gemäss Schütz liegt Gefahr im Verzug dann vor, wenn die "begründete Besorgnis besteht, dass bis zur Möglichkeit der Beibringung der geforderten Ermächtigung oder bis zum unmittelbaren Eingreifen des Untersuchungsbeteiligten die Beweismittel beiseite geschafft oder Spuren verwischt sein könnten". (6)

(5) S. 62 ff.; Sträuli verweist ausdrücklich auf § 68 StPO Zürich, womit auch er Fälle der vorläufigen Festnahme in die Bestimmung des § 90 StPO einschliesst (Anm. 1 zu § 90). Eine ausdrückliche Kompetenz zur Hausdurchsuchung zum Zweck der "Auffindung eines versteckten Verurteilten" ist in der neuen StPO des Kts. App. I.Rh. (Art. 161) vorgesehen.

(6) a.a.O.

Bei der Frage der Gefahr im Verzug muss im Zusammenhang mit der Hausdurchsuchung auch § 89 StPO Zürich berücksichtigt werden: § 89 fordert generell für das gewaltsame Eindringen in Räumlichkeiten zum Zweck der Durchsuchung, dass "es wahrscheinlich ist, dass sich ein Angeschuldigter darin verborgen hält ... oder dass ... Spuren ... die zur Entdeckung der Wahrheit führen könnten, darin anzutreffen sind".

c) Hausdurchsuchung und vorläufige Festnahme im besonderen

§ 88 Abs. 3 StPO Zürich erlaubt die Hausdurchsuchung ohne Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls im Falle der Gefahr im Verzug. Wie erwähnt (7) liegt jeder Berechtigung zur vorläufigen Festnahme das Element der Gefahr im Verzug inne. Die Dringlichkeit der Umstände, die sofortiges Handeln des Festnehmenden notwendig machen, beruhen immer auf der Gefahr, dass bei Zuwarten Nachteile entstehen, die nicht wieder gutzumachen sind. Allein aus dieser Sicht müsste man eine Hausdurchsuchung zum Zweck der vorläufigen Festnahme immer als zulässig erachten. Von diesem Standpunkt aus handelt es sich bei der Frage, ob die Umschreibung "Angeschuldigter" des § 90 auch auf Fälle der vorläufigen Festnahme ausgedehnt werden darf, um ein Scheinproblem: Eine Hausdurchsuchung zum Zweck der vorläufigen Festnahme ist allein schon durch das Element der Gefahr im Verzug im Sinne von § 88 Abs. 3 StPO gerechtfertigt. Ob auch § 90 StPO die Hausdurchsuchung zum Zweck der vorläufigen Festnahme ebenfalls noch deckt, kann hier aus diesem Grunde dahingestellt bleiben.

d) Hausdurchsuchung zum Zweck der vorläufigen Festnahme nur durch die Polizei

§ 88 Abs. 3 StPO Zürich erlaubt die Hausdurchsuchung bei Gefahr im Verzug und somit zum Zweck der vorläufigen Festnahme "jedem Polizeibeamten oder Polizeiangehörigen". § 90 spricht in diesem Sinne von "jeder Beamte oder Angestellte". Aus diesen Formulierungen ist zu schliessen, dass die Hausdurchsuchung zum Zweck der Festnahme nur Polizeibeamten gestattet sein soll. Auch wenn die beiden Bestimmungen Privatpersonen nicht ausdrücklich ausschliessen, muss die gewählte Umschreibung doch als Ausschluss der Privatpersonen gewertet werden. Dies erscheint angesichts des schweren Eingriffs in die Privatsphäre, wie sie eine Hausdurchsuchung ohne Hausdurch-

suchungsbefehl darstellt, durchaus als gerechtfertigt und vernünftig (8).

c) Die Regelung der Hausdurchsuchung in den einzelnen Kantonen

Die meisten Kantone lassen die Hausdurchsuchung nur auf der Grundlage eines Hausdurchsuchungsbefehls zu und sehen nur in Ausnahmefällen von diesem formellen Erfordernis ab. Diese Ausnahmefälle basieren auf dem Vorliegen von Gefahr im Verzug und Flagranz bzw. Quasiflagranz (9).

Dem meisten Kantonen gemeinsam ist ferner die Tatsache, dass die Berechtigung zur Hausdurchsuchung ohne entsprechende Ermächtigung unter gegebenen Voraussetzungen nur für Polizeibeamte vorgesehen ist, während Privatpersonen dagegen ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen sind.

-
- (8) Schweizer, S. 60, erachtet dagegen auch Privatpersonen als berechtigt.
- (9)-Art. 78 Abs. 3 Bern (vorherige Einholung eines entsprechenden Auftrages ist in Fällen der Anhaltung, Art. 72 und 73, nicht mehr möglich)
- § 56 Abs. 3 Luzern (wenn die Hausdurchsuchung "zur Festnahme eines flüchtigen Täters" erforderlich ist)
 - Art. 129 Abs. 3 Uri ("in dringenden Fällen")
 - § 39 Abs. 3 Schwyz (Durchsuchung "zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen nur bei Verfolgung auf frischer Tat oder dringender Gefahr")
 - Art. 82 Abs. 3 Obwalden (bei "erheblicher Gefahr im Verzug" und wenn der "Verhörer nicht rechtzeitig erreicht werden kann")
 - § 21 Abs. 2 Zug (wenn der Angeschuldigte auf frischer Tat betroffen wird, "der Wohnungsinhaber damit einverstanden ist" oder die Durchsuchung zur "Sicherung der Beweismittel dringend erscheint")
 - § 57 Abs. 1 Solothurn ("in dringenden Fällen")
 - § 66 Ziff. 1 Basel-Stadt ("wenn ein Verbrecher, der auf frischer Tat betroffen wurde, oder ein Festgenommener, der entwichen ist, verfolgt wird"); § 66 Ziff. 3 Basel-Stadt (bei Gefahr im Verzug; der Gesetzgeber differenziert hier bzgl. der Deliktsart: Bei Uebertretungen soll eine Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl nur erlaubt sein, "wenn dies in besonders wichtigen Fällen für die Feststellung der strafbaren Handlung als unerlässlich erscheint oder wenn eine unmittelbare rechtswidrige Gefährdung von Personen oder Sachen es nötig macht").
 - Art. 121 Abs. 3 Appenzell A.Rh. ("in dringenden Fällen")
 - Art. 66 Abs. 3 Appenzell I.Rh. (neu) (wenn erhebliche Gefahr im Verzug ist und der Untersuchungsrichter nicht rechtzeitig erreicht werden kann)
 - Art. 110 Abs. 2 St. Gallen (vgl. Appenzell I.Rh. neu)
 - § 95 Abs. 2 Aargau (gemäss Brühlmeier, Komm. zu § 89 Abs. 4 in Verbindung mit § 95 Abs. 2, darf die Polizei aufgrund von § 95 Abs. 2 eine Hausdurchsuchung auch ohne entsprechenden Befehl vornehmen. Gemäss Hauser, Gutachten zum aargauischen Strafprozessrecht, vgl. hinten S. 133 ff., Noll, Strafprozessrecht, S. 80, erübrigt sich ein Hausdurchsuchungsbefehl, wenn der Betroffene freiwillig, ohne Druck von dritter Seite, seine Einwilligung zur Hausdurchsuchung gibt)
 - Art. 96 Ziff. 1 Wallis (im Falle einer "frischen Tat" dürfen Polizeibeamte ohne schriftliche Ermächtigung in eine Wohnung eindringen)

3. Kapitel

Die vorläufige Festnahme in den übrigen Kantonen

§ 11 Die vorläufige Festnahme im Kanton Bern (1)

Im Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern finden sich in den Art. 72 und 73 Bestimmungen über die Anhaltung (Art. 72 "durch Polizeiorgane", Art. 73 "durch andere Personen"), während Art. 74 die Ueberschrift "Festnahme" trägt.

I Voraussetzungen der Anhaltung

A) Polizeiorgane als Berechtigte (Art. 72)

Art. 72 sieht folgende zwei Voraussetzungen der polizeilichen Anhaltung vor:

- Abs. 1 : Ergreifung auf frischer Tat
- Abs. 2 : Dringender Tatverdacht bei Vorliegen von Gefahr im Verzug

Der dringende Tatverdacht muss sich dabei auf "eigene Wahrnehmungen der Polizeiorgane", auf "erlassene Steckbriefe" (2) oder auf Mitteilung "glaubwürdiger Personen" stützen.

Mit dieser Regelung kommt der Kanton Bern der Regelung im Kanton Zürich sehr nahe bezüglich der polizeilichen Festnahme aufgrund von dringendem Tatverdacht (§ 68 Ziff. 2 Zürich). Während der Kanton Bern dabei die allgemeine Voraussetzung der Gefahr im Verzug ausdrücklich fordert, verweist die StPO des Kantons Zürich auf die Haftvoraussetzungen des § 49 (dringender Tatverdacht neben Flucht- oder Kollusionsgefahr)(3).

-
- (1) Grundlage: Gesetz über das Strafverfahren im Kanton Bern vom 20. Mai 1928, Ausgabe 1981
 (2) ausführliche Regelung des Steckbriefs in Art. 121 Abs. 1 - 5
 (3) vgl. dazu vorne S. 40 ff.

B) Andere Personen als Berechtigte (Art. 73)

Gemäss Art. 73 Abs. 1 ist "jedermann befugt", eine Person bei Ertappung "auf frischer Tat" anzuhalten. Die Formulierung "jedermann" liesse den Schluss zu, dass diese Bestimmung neben der Berechtigung für Privatpersonen eine weitere Kompetenz zugunsten der Polizei ausspricht. Die Randtitel der Art. 72 ("durch Polizeiorgane") und 73 ("durch andere Personen") geben aber zu erkennen, dass sich Art. 73 primär nicht an Polizeiorgane richtet. Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung selbst: Art. 73 Abs. 1 letzter Satz sieht vor, dass die Polizei "unverzüglich zu benachrichtigen" oder "der Angehaltene auf den nächsten Polizeiposten zu bringen" ist.

Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung die Anhaltung durch Privatpersonen auf möglichst zweifelsfreie Fälle beschränken, während die Anhaltung unter dem qualifizierten Erfordernis des dringenden Tatverdachts den Polizeiorganen vorbehalten bleiben soll (Art. 72 Abs. 3).

II Anhaltung und Art des Delikts

Sowohl Art. 72 Abs. 2 (Anhaltung durch Polizeibeamte bei dringendem Tatverdacht) als auch Art. 73 Abs. 1 (Anhaltung durch jedermann bei flagrantem Delikt) sehen die Anhaltung nur bei Vorliegen von Verbrechen oder Vergehen vor.

Art. 72 Abs. 1 (Anhaltung durch Polizeibeamte bei flagrantem Delikt) dagegen macht keine Einschränkung bezüglich der Art des Delikts, sodass hier neben Verbrechen und Vergehen auch Uebertretungen in Frage kommen.

Gemäss Art. 74 ("Festnahme") sind polizeilich angehaltene Personen grundsätzlich auf den Posten zu führen. Bei Vorliegen einer Uebertretung soll dies aber nur dann gelten, wenn der Täter auf frischer Tat angehalten worden ist und überdies die folgenden Voraussetzungen alternativ vorliegen:

- unbekannter Täter, der sich über Namen, Herkunft und Wohnort nicht ausweist (Ziff. 1)
- kein Wohnsitz im Kanton und keine genügende Sicherheitsleistung für den Vollzug des zu erwartenden Urteils (Ziff. 2)

- Gefahr der Fortsetzung einer Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung (Ziff. 3)

Interessant ist die Terminologie des Berner Gesetzgebers: Er spricht lediglich von "Anhaltung"; der Ausdruck "Festnahme" wird erst ab dem Zeitpunkt verwendet, in welchem der Angehaltene auf den Polizeiposten verbracht worden ist.

§ 12 Die vorläufige Festnahme im Kanton Luzern (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Luzern regelt die vorläufige Festnahme in den §§ 52 bis 54 und unterstellt die Festnahme durch Polizeibeamte und durch Privatpersonen unterschiedlichen Voraussetzungen.

I Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Vorläufige Festnahme durch Polizeibeamte (§ 52)

Der Kanton Luzern lässt die polizeiliche Festnahme eines "Verdächtigen" unter den folgenden Voraussetzungen zu (§ 52 Abs. 1):

- Gefahr im Verzug bei Vorliegen eines Haftgrundes
- Zum Zweck dringlich vorzukehrender Massnahmen des Amtsstatthalters im Sinne von § 78

a) Gefahr im Verzug bei Vorliegen eines Haftgrundes

Die einzelnen Haftgründe sind in § 80 aufgezählt: Neben dringendem Tatverdacht muss eine der folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

- Anschuldigung eines schweren Verbrechens oder Vergehens (Ziff. 1)
- Fluchtgefahr (Ziff. 2)
- Mangelnder Ausweis über die Identität oder kein fester Wohnsitz in der Schweiz (Ziff. 3)
- Kollusionsgefahr (Ziff. 4)
- Gefahr der Fortsetzung der Deliktstätigkeit (Ziff. 5)

Mit der Formulierung "ein Haftgrund vorzuliegen scheint" will der Gesetzgeber darauf hinweisen, dass immer die ausserordentliche Situation, in der der festnehmende Polizeibeamte zu handeln hat, vor Augen zu halten ist. Geht der Festnehmende mit bestem Wissen davon aus, die Voraussetzungen der Festnahme seien im Zeitpunkt der Festnahme im konkreten Fall erfüllt, so bleibt die Festnahme legal, auch wenn der Festgenommene mangels Erhärtung der Festnahmegründe durch den Untersuchungsbeamten wieder auf freien Fuss gesetzt wird.

(1) Grundlage: Gesetz über die Strafprozessordnung vom 3. Juni 1957, Ausgabe 1983

b) Dringlich vorzukehrende Massnahmen des Amtsstatthalters im Sinne von § 78

Sind Massnahmen des Amtsstatthalters im Sinne von § 78 dringlich vorzunehmen, kann die Polizei einen Verdächtigen zu diesem Zweck ebenfalls vorläufig festnehmen. Bei derartigen Massnahmen handelt es sich um solche, die "die Untersuchung erfordert", insbesondere erwähnt werden "die Blutentnahme, die Herstellung von Fotografien und Fingerabdrücken sowie die Leibesuntersuchung" (§ 78 Abs. 1).

B) Ergreifung durch Privatpersonen (§ 53)

Privatpersonen sollen unter zwei Voraussetzungen zur vorläufigen Festnahme befugt sein:

- bei Aufforderung durch die Polizei zur Mithilfe
- wenn die Privatperson Zeuge eines Verbrechens oder Vergehens wird oder unmittelbar nach der Tat dazu kommt

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Die Festnahme unter den genannten Voraussetzungen der §§ 52 (Polizeibeamte) und 53 (Privatpersonen) soll nur bei Vorliegen von Verbrechen oder Vergehen erlaubt sein. Dieser Grundsatz findet sich ausdrücklich in § 53, muss aber auch für den Fall der polizeilichen Festnahme gelten. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber für Uebertretungen in § 54 eine spezielle Regelung vorsieht: Die Festnahme eines Uebertretungstäters soll demgemäss nur möglich sein, wenn er auf frischer Tat angehalten wird und

- es sich um einen Unbekannten handelt, der sich über Name, Wohnort und Beruf nicht ausweist und zudem keine hinreichende Sicherheit leistet (Ziff. 1)
- bei unmittelbarer Fortsetzungsgefahr (Ziff. 2)

Damit sind hier die gleichen Voraussetzungen bezüglich einer Festnahme bei Uebertretungen gegeben wie im Kanton Bern (Art. 74 Ziff. 1 bis 3), wobei im Kanton Luzern der fehlende Wohnsitz im Kanton nicht als Kriterium genannt ist.

§ 13 Die vorläufige Festnahme im Kanton Uri (1)

Der Kanton Uri regelt die vorläufige Festnahme in den Artikeln 111 und 112, wobei Art. 111 die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme durch Polizeibeamte und Privatpersonen anführt, während Art. 112 sich mit der "Behandlung des vorläufig Festgenommenen" befasst.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme gemäss Art. 111

A) Gemeinsame Voraussetzungen für Polizeibeamte und für Privatpersonen (Art. 111 Abs. 1)

Der Gesetzgeber nennt drei Voraussetzungen, unter denen die vorläufige Festnahme sowohl durch Polizeibeamte als auch durch Privatpersonen zulässig ist:

- bei öffentlicher Aufforderung zur Festnahme der betreffenden Person (Ziff. 1)(2)
- bei Ertappung auf frischer Tat (Ziff. 2)
- unmittelbar nach begangenen Delikt bestehen gewichtige Anhaltspunkte für die Täterschaft der betreffenden Person (Ziff. 3)

Diese Bestimmung enthält ausdrücklich den allgemeinen Grundsatz, wonach Polizeibeamte gegebenenfalls zur vorläufigen Festnahme verpflichtet, Privatpersonen dagegen nur berechtigt sind.

-
- (1) Grundlage: Strafprozessordnung vom 29. April 1980, Ausgabe März 1981
 (2) Gemäss Art. 108 Abs. 3 wird eine zu verhaftende flüchtige Person polizeilich ausgeschrieben. In "besonderen Fällen" kann die Öffentlichkeit "durch geeignete Mittel zur Mitwirkung an der Ermittlung des Gesuchten aufgefordert werden". Der Gesetzgeber schweigt sich darüber aus, wann solche "besonderen Fälle" vorliegen. Im Sinne der Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips muss es sich dabei um besonders schwerwiegende Delikte handeln, bei denen die Polizei auf dem Wege der internen Fahndung bei der Aufklärung nicht weiter kommt, bzw. den Täter nicht ausfindig machen kann.

B) Weitere Voraussetzungen der polizeilichen Festnahme (Art. 111 Abs. 2)

Zusätzlich zu den in Abs. 1 genannten Fällen ist die polizeiliche Festnahme auch zulässig:

- bei polizeilicher Ausschreibung der Person (3)
- wenn gemäss "glaubwürdiger Mitteilung Dritter" die Person eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig ist und ein Haftgrund gemäss Art. 107 vorliegt.

Art. 107 sieht die folgenden Haftgründe vor: Dringender Tatverdacht und Vorliegen von Fluchtgefahr (Ziff. 1), Verdunkelungsgefahr (Ziff. 2) oder ernstliche Gefährdung anderer Personen durch Begehung einer neuen schweren Straftat oder Ausführung einer angedrohten schweren Straftat (Ziff. 3)(4).

Die Voraussetzung des Tatverdachts aufgrund glaubwürdiger Mitteilung Dritter mit dem Hinweis auf die allgemeinen Haftgründe ist der Bestimmung des § 68 Ziff. 2 StPO Zürich sehr ähnlich. Während § 68 Ziff. 2 Zürich ausdrücklich von dringendem Tatverdacht ausgeht, begnügt sich Art. 111 Abs. 2 Uri scheinbar mit einfachem Tatverdacht. Der Verweis dieser Bestimmung auf Art. 107, welcher ausdrücklich von dringendem Tatverdacht spricht, macht aber deutlich, dass auch bei Art. 111 Abs. 2 Uri von dringendem Tatverdacht auszugehen ist, was im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme auch angemessen ist.

II Keine Festnahme von Uebertretungstätern

Sowohl Art. 111 Abs. 1 (Festnahme durch Polizeibeamte und Privatpersonen) als auch Abs. 2 (polizeiliche Festnahme) nennen das Vorliegen von Verbrechen oder Vergehen als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Festnahme, wobei Abs. 1 Ziff. 2 und 3 sogar von Verbrechen oder schweren Vergehen spricht. Schon daraus muss gefolgert werden, dass für leichtere Delikte (leichte Vergehen und Uebertretungen) Haft oder vorläufige Festnahme nicht in Frage kommen können.

(3) Art. 108 Abs. 3

(4) alternatives Vorliegen der Ziff. 1 - 3 genügt

§ 14 Die vorläufige Festnahme im Kanton Schwyz (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Schwyz regelt die Befugnis zur vorläufigen Festnahme in einem einzigen Paragraphen (§ 29), wobei Abs. 1 die Berechtigung für "jedermann" vorsieht, während Abs. 2 daneben noch eine zusätzliche Befugnis für Polizeibeamte enthält. Im Unterschied zu Art. 73 Abs. 1 Bern (2) schliesst hier der Ausdruck "jedermann" sowohl Privatpersonen als auch Polizeibeamte ein. Dies ergibt sich aus § 29 Abs. 2, wo der Polizei ausdrücklich eine weitere Kompetenz zur Festnahme eingeräumt wird ("die Polizeiorgane sind ausserdem zur Festnahme befugt, wenn...").

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Regelung des § 29 Abs. 1

§ 29 Abs. 1 sieht vor, dass eine Person "von jedermann festgenommen" werden kann, die

- auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird (Flagrantz und Quasiflagrantz)
- sich selbst eines Verbrechens bezichtigt

Die vorläufige Festnahme im Falle einer Selbstbezichtigung erscheint eher problematisch. Die vorläufige Festnahme soll als Zwangsmittel dort eingesetzt werden, wo aufgrund von ausserordentlichen Umständen schnelles Zugreifen erforderlich ist und für die Ausstellung eines Haftbefehls vorgängig keine Zeit mehr bleibt. Bei Selbstbezichtigung liegt diese geforderte Dringlichkeit im Normalfall nicht vor; Flucht und Kollusion können hier mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

(1) Grundlage: Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz (Strafprozessordnung) vom 28. August 1974

(2) vgl. vorne S. 82

B) Die Regelung des § 29 Abs. 2

Gemäss dieser Bestimmung soll die Polizei ferner zur Festnahme befugt sein, wenn "die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorliegen und Gefahr droht". Damit verweist § 29 Abs. 2 auf die allgemeinen Haftgründe, die in § 26 aufgeführt sind: Fluchtgefahr (lit. a), Kollusionsgefahr (lit. b), Fortsetzungsgefahr sowie ungenügender Ausweis oder kein fester Wohnsitz des Betreffenden in der Schweiz (lit. c).

Mit dem Kriterium der drohenden Gefahr, die gleichzusetzen ist mit dem Element der Gefahr im Verzug, erwähnt der Gesetzgeber hier die gleiche Voraussetzung, wie sie im Kanton Luzern für die polizeiliche Festnahme zu finden ist (§ 52 Abs. 1 unter Hinweis auf die Haftgründe des § 80).

Auffallend ist, dass auch der Kanton Schwyz für die polizeiliche Festnahme schon dringenden Tatverdacht als genügende Voraussetzung gelten lässt (§ 29 Abs. 2 mit Hinweis auf § 26), während sich die Berechtigung zur Festnahme für jedermann auch hier auf Fälle beschränkt, in denen die Täterschaft des Festzunehmenden unzweifelhaft feststeht.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme unter der Voraussetzung der Flagranz scheint vom Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Art von Delikten beschränkt zu werden, während die Festnahme aufgrund einer Selbstbezeichnung nur bei Vorliegen eines Verbrechens möglich sein soll (§ 29 Abs. 1) (3). § 29 Abs. 2 weist nun aber auf die Haftgründe des § 26, wo ausdrücklich von Verbrechen oder Vergehen die Rede ist. Abs. 2 verweist überdies seinerseits auf § 107, welcher die Voraussetzungen des Verhafts bei Uebertretungen regelt. Gemäss § 107 Abs. 1 ist als allgemeine Voraussetzung die Ergreifung des Täters auf frischer Tat vorgesehen. Daneben müssen die folgenden Umstände vorliegen:

-
- (3) Damit will der Gesetzgeber hier die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme auf schwerste Delikte beschränken und trägt damit der besonderen Problematik Rechnung.

- kein fester Wohnsitz der Person im Kanton oder
- mangelnder Ausweis der Person ohne Sicherheitsleistung
für Kosten

Abs. 2 sieht daneben noch die "vergebliche Aufforderung zur Unterlassung einer Uebertretung als weitere Voraussetzung vor, während gemäss Abs. 3 "im übrigen niemand wegen einer Uebertretung verhaftet" werden darf. Diese für die Haft geltende Regelung muss analog auch für die vorläufige Festnahme gelten: Auch die vorläufige Festnahme von Uebertretungstätern sollte in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, wenn überhaupt, nur unter den qualifizierten Bedingungen des § 107 Abs. 1 und 2 zulässig sein (4).

Aus dem Zusammenwirken der §§ 29 Abs. 2, 26 und 107 ist zu schliessen, dass sich die Bestimmung des § 107 nur an Polizeiorgane richtet und eine Festnahme bei Uebertretungen demzufolge nur durch Polizeibeamte erfolgen darf.

(4) Zu bemerken ist, dass § 107 Schwyz beinahe wörtlich übereinstimmt mit § 339 Zürich; sinngemäss findet sich auch in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 Bern der gleiche Gedanke.

§ 15 Die vorläufige Festnahme im Kanton Obwalden (1)

Die vorläufige Festnahme findet sich in den Artikeln 73 ("Befugnis der Polizei") und 74 ("Mitwirkung von Privatpersonen") unter der Marginale "Sicherung verdächtiger Personen".

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Befugnis der Polizei (Art. 73)

Gemäss Art. 73 Abs. 1 haben Polizeiorgane das Recht, "jede Person" festzunehmen, "die sie bei Verübung eines Verbrechens oder Vergehens antreffen oder die nach ihren eigenen Wahrnehmungen oder nach glaubwürdiger Mitteilung Dritter ... verdächtig erscheint" und zusätzlich eine Voraussetzung gemäss Art. 61 gegeben ist.

Der Gesetzgeber unterstellt somit die polizeiliche Festnahme folgenden zwei Voraussetzungen:

- Ertappen auf frischer Tat
- Tatverdacht bei Vorliegen einer Voraussetzung gemäss Art. 61

Art. 73 verweist hier somit auf die allgemeinen Haftvoraussetzungen des Art. 61:

- Flucht oder Fluchtverdacht (lit. a)
- Kollusionsgefahr (lit. b)
- Sicherheitspolizeiliche Gründe, wobei als Beispiel Fortsetzungsgefahr genannt wird (Abs. 2)

Obwohl Art. 73 Abs. 1 scheinbar nur von einfachem Tatverdacht ausgeht, ist es wohl richtig, hier ebenfalls vom qualifizierten Merkmal des dringenden Tatverdachts auszugehen (2). Die relativ strengen Voraussetzungen der Festnahme, die sich aus der Verbindung der Artikel 73 und 61 ergeben, drängen diese Interpretation auf. Ueberdies spricht Art. 61 selbst von "dringend verdächtig".

(1) Grundlage: Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 9. März 1973

(2) wie auch in Art. 111 Abs. 2 Uri

Die Regelung der polizeilichen Festnahme im Sinne von Art. 73 Abs. 1 kommt derjenigen der Kantone Zürich und Bern sehr nahe: Auch diese beiden Kantone stützen die polizeiliche Befugnis zur vorläufigen Festnahme auf Flagranz (§ 68 Ziff. 1 Zürich; Art. 72 Abs. 1 Bern) einerseits oder auf dringenden Tatverdacht aufgrund eigener Wahrnehmungen des festnehmenden Polizeibeamten oder aufgrund entsprechender Mitteilung durch Drittpersonen (§ 68 Ziff. 2 Zürich; Art. 72 Abs. 2 Bern) andererseits, wobei der Kanton Zürich an dieser Stelle ebenfalls auf die allgemeinen Haftvoraussetzungen (§ 49, Kollusions- und Fluchtgefahr) verweist.

B) Mitwirkung von Privatpersonen (Art. 74)

Art. 74 berechtigt Privatpersonen, den "bei Begehung ... oder unmittelbar nachher aufgegriffenen Täter bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten oder ihn dieser zuzuführen". Grundlage für das Eingreifen von Privatpersonen bildet das flagrante Delikt. Die Umschreibung "bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten oder ihn dieser zuzuführen" stellt eine Besonderheit dar, enthält sie doch sowohl das Recht zur Festhaltung als auch das Recht zur Festnahme.

Zu beachten ist, dass auch im Kanton Obwalden die Privatpersonen nur in ganz offensichtlichen Fällen, die keinen Zweifel über die Person des Täters aufkommen lassen, zur Ergreifung des Betreffenden berechtigt sein sollen.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

A) Polizeibeamte (Art. 73 Abs. 1 und 2)

Art. 73 Abs. 1 erachtet die polizeiliche Festnahme nur bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens als zulässig. Art. 73 Abs. 2 erlaubt die vorläufige Festnahme auch bei Uebertretungen, jedoch nur unter ganz konkreten, vom Gesetz genau umschriebenen Ausnahmefällen (3):

-
- (3) Die gleiche Regelung bei Uebertretungen: § 339 Zürich; Art. 74 Bern; § 107 Schwyz

- kein fester Wohnsitz in der Schweiz
- keine genügende Feststellbarkeit der Personalien des Betreffenden
- Fortsetzungsgefahr

Zu betonen ist, dass der Kanton Obwalden die vorläufige Festnahme im Falle von Uebertretungen unter den erwähnten Voraussetzungen sowohl bei Ergreifung des Täters auf frischer Tat als auch bei Vorliegen von blosser Tatverdacht (Art. 73 Abs. 2) erlaubt. Zürich und Schwyz dagegen lassen die Festnahme von Uebertretungstätern nur im Falle des Ergreifens in Flagranz zu (4).

Der Festnahmegrund des fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz, der die Gefahr von unverhältnismässigen Festnahmen birgt, wird vom Gesetzgeber dadurch abgeschwächt, dass er anordnet, von der Festnahme aufgrund fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz sei bei "hinreichender" Sicherheitsleistung abzusehen (5).

Genau wie im Kanton Zürich und im Kanton Schwyz ist auch hier die Festnahme von Uebertretungstätern auf jeden Fall nur durch Polizeibeamte zulässig.

B) Privatpersonen (Art. 74)

Privatpersonen sind nach dem Wortlaut von Art. 74 ausdrücklich nur bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens zur Ergreifung des Täters berechtigt. Wie schon aus der polizeilichen Regelung hervorgeht (Art. 73 Abs. 2), sind Privatpersonen bei Uebertretungen in keinem Fall befugt, den Täter vorläufig festzunehmen.

(4) § 339 Zürich: "bei einer Uebertretung ergriffen werden"

§ 107 Schwyz: "bei einer Uebertretung betroffen werden"

(5) Ähnlicher Gedanke auch in § 339 Zürich

§ 16 Die vorläufige Festnahme im Kanton Nidwalden (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Nidwalden regelt die vorläufige Festnahme im Abschnitt "Zwangsmassnahmen" in den §§ 51 ("allgemeine Befugnis") und 52 ("Befugnis der Polizei"). Bemerkenswert ist die Bestimmung des § 50, wo für alle Zwangsmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausdrücklich festgehalten wird.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens

A) Allgemeine Befugnis (§ 51)

§ 51 Abs. 1 sieht vor, dass eine Person von "jedermann" vorläufig festgenommen werden darf, die "bei Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens oder unmittelbar nach der Tat" betroffen wird. Grundlage bilden hier Flagranz und Quasiflagranz.

Gemäss Abs. 2 sind die von Privatpersonen festgenommenen Personen "unverzüglich der Polizei zu übergeben" bzw. ist "die Polizei unverzüglich von der Festnahme zu benachrichtigen".

B) Die Befugnis der Polizei (§ 52)

Auffallend ist die beinahe wörtliche Übereinstimmung des § 52 Abs. 1 mit Art. 73 Abs. 1 Obwalden. Beide Kantone sehen die polizeiliche Festnahme vor bei Vorliegen von Flagranz oder Tatverdacht, basierend auf eigenen Wahrnehmungen oder auf glaubwürdiger Mitteilung von Drittpersonen, sofern die Voraussetzungen eines Haftbefehls (§ 53 Nidwalden; Art. 61 Obwalden) gegeben sind (2). Auch gemäss § 52 Nidwalden genügt dabei scheinbar bloss einfacher Tatverdacht. Aufgrund des Verweises auf die allgemeinen Haftvoraussetzungen, wo auch im Kanton Nidwalden von dringendem Tatver-

(1) Grundlage: Verordnung über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 3. Juli 1976

(2) So auch § 68 Zürich mit Hinweis auf § 49

dacht die Rede ist (§ 53 Abs. 2), relativiert sich jedoch dieser Unterschied dahingehend, dass auch § 52 Nidwalden die Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts verlangt (3).

Gemäss § 52 Abs. 3 haben Polizeiorgane von jeder Festnahme, die "durch sie selbst oder nach ihrer Kenntnis durch Dritte erfolgt ist", unverzüglich den zuständigen Untersuchungsrichter zu informieren, welcher dann "innerhalb von 24 Stunden seit der Mitteilung" über die Erlassung eines Haftbefehls oder Freilassung zu entscheiden hat (4).

II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme im Falle von Uebertretungen

Während der Gesetzgeber die vorläufige Festnahme bei Vorliegen von Verbrechen und Vergehen unter den entsprechenden Voraussetzungen auf Privatpersonen und Polizeibeamte ausdehnt, beschränkt er die Befugnis zur Festnahme von Uebertretungstätern auf Polizeiorgane (5).

Die spezielle Regelung der Festnahme bei Uebertretungen stimmt ebenfalls beinahe wörtlich überein mit der Regelung des Kantons Obwalden (Art. 73 Abs. 2) und ist der Regelung im Kanton Zürich (§ 339) sehr ähnlich. Im Unterschied zu § 339, wo auf fehlenden festen Wohnsitz im Kanton, fehlende Ausweisung und fehlende Sicherheitsleistung für Busse und allfällige Kosten (Abs. 1) bzw. auf Nichtfolgeleistung bezüglich der Aufforderung, von einer Uebertretung abzusehen (Abs. 2) abgestellt wird, sind in § 52 Abs. 2 Nidwalden fehlender Wohnsitz in der Schweiz, keine Feststellbarkeit der Personalien und Fortsetzungsgefahr als Voraussetzungen genannt (6). Der Gesetzgeber schwächt, wie im Kanton Obwalden, auch hier die Voraussetzung des fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz ab, indem er vorsieht, dass auf eine Festnahme, "die nur wegen ausländischen Wohnsitzes zulässig wäre", zu verzichten ist, "wenn der Täter eine hinreichende Sicherheit für eine allenfalls zu erwartende Busse und die Kosten leistet" (§ 52 Abs. 2)(7).

(3) wie Art. 73 Obwalden; Zürich spricht dgg. ausdrücklich von dringendem Tatverdacht

(4) gleiche Idee auch in Art. 73 Abs. 3 Obwalden

(5) so auch in den Kantonen Zürich, Bern, Schwyz, Obwalden u.a.

(6) so auch Art. 73 Abs. 2 Obwalden

(7) gleicher Gedanke in § 339 Zürich

§ 17 Die vorläufige Festnahme im Kanton Glarus (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Glarus regelt die Befugnis zur vorläufigen Festnahme in den Artikeln 33 ("Ergreifung des Täters durch Privatpersonen") und 34 ("Sicherung verdächtiger Personen" durch die Polizei).

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Privatpersonen als Berechtigte (Art. 33)

Unter der Marginale "Ergreifung des Täters durch Privatpersonen" stellt der Gesetzgeber die Berechtigung für Privatpersonen auf die Grundlage des **flagranten Delikts**. Auffallend ist, dass Art. 33 wörtlich übereinstimmt mit der Regelung der vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen im Kanton Obwalden (Art. 74 Abs. 1 und 2). Aus diesem Grunde kann hier auf die Ausführungen zum Kanton Obwalden verwiesen werden (2).

B) Polizeibeamte als Berechtigte (Art. 34)

Nach Art. 34 genügt für das Einschreiten der Polizei bereits dringender Tatverdacht. Das Gesetz spricht dabei jedoch nicht ausdrücklich vom Recht zur Festnahme, sondern nur davon, dass die Polizei unter den erwähnten Voraussetzungen "die geeigneten Massnahmen zur Sicherung dieser Person" vorzunehmen habe. Damit weist der Gesetzgeber auf die Bestimmung des Art. 32, der bei Vorliegen von Gefahr im Verzug die notwendigen sichernden Massnahmen vorsieht, das heisst Massnahmen "zur Feststellung und Sicherung der Merkmale der Tat, der Spuren, der weiteren Beweise ..." sowie "der Person des Täters". Daraus ist ohne weiteres das Recht zur vorläufigen Festnahme abzuleiten (3), stellt doch die Festnahme ein Mittel dar, das der Siche-

(1) Grundlage: Strafprozessordnung des Kantons Glarus; erlassen von der Landsgemeinde am 2. Mai 1965; auch nach teilweiser Aenderung der StPO mit Datum 3. Mai 1981 wurden die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Festnahme in ihrer alten Form belassen.

(2) vgl. vorne S. 91 ff.

(3) in diesem Sinne auch Streiff, Strafrechtspflege im Kanton Glarus, S. 132

rung des Betreffenden dient und den dringlichen Umständen Rechnung trägt (4).

II Vorläufige Festnahme nur bei Verbrechen und Vergehen

Der Kanton Glarus erlaubt das Eingreifen von Privatpersonen (Art. 33) und Polizeiorganen (Art. 34) ausdrücklich bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens. Das qualifizierte Erfordernis des Art. 34 ("eines schweren Verbrechens oder Vergehens") muss dahingehend ausgelegt werden, dass das Einschreiten der Polizei im erwähnten Sinne bei geringfügigen Delikten nicht erlaubt ist und die Nichtnennung von Uebertretungen als Ausschluss der vorläufigen Festnahme im Falle von Uebertretungen zu werten ist.

(4) Eine ähnliche Bestimmung findet sich in § 78 Luzern.

§ 18 Die vorläufige Festnahme im Kanton Zug (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Zug regelt die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme in § 16 unter der Marginale "Verhaftung".

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Die Bestimmung des § 16 Abs. 1

§ 16 Abs. 1 sieht die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme für "jeder-mann" vor in folgenden drei Fällen:

- Ergreifung einer Person auf frischer Tat
- Entweichung einer Person aus der Haft
- Selbstbezichtigung einer Person

B) Die Bestimmung des § 16 Abs. 2

§ 16 Abs. 2 erwähnt die Möglichkeit, eine Person unter den nachstehend genannten Voraussetzungen auf Verfügung des Verhorrichters hin zu verhaften:

- dringender Tatverdacht bezüglich einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Handlung
- Fluchtgefahr
- Kollusionsgefahr

Die erwähnte Verfügung des Verhorrichters bildet nichts anderes als einen Haftbefehl, und die drei genannten Voraussetzungen sind demgemäss mit den allgemeinen Haftgründen gleichzusetzen. Mit dem Hinweis in § 16 Abs. 2 a.E., wonach "in dringenden Fällen" diese Verfügung "nachgeholt" werden könne, macht der Gesetzgeber hier einen Vorbehalt zugunsten der vorläufigen Festnahme: In dringenden Fällen, d.h. bei Vorliegen von Gefahr im

(1) Grundlage: Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940, Ausgabe 1981

Verzug, soll unter den drei genannten Voraussetzungen die betreffende Person auch ohne Vorliegen eines Haftbefehls festgenommen werden können.

Aus der Tatsache, dass nur Polizeibeamte mit der Verhaftung einer Person auf der Grundlage eines Haftbefehls beauftragt sind, ist zu schliessen, dass auch in den Fällen der Gefahr im Verzug, in denen die entsprechende Verfügung nachgeholt werden kann, nur Polizeibeamte zur vorläufigen Festnahme berechtigt sein sollen.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

§ 16 Abs. 1 enthält keine ausdrückliche Beschränkung der vorläufigen Festnahme auf einzelne Deliktsarten. Ulrich (2) folgert daraus, dass Privatpersonen unter den gegebenen Voraussetzungen bei Vorliegen jeder Art von Delikten zur Festnahme berechtigt sein sollen. Private seien in ihrer Berechtigung ohnehin beschränkt auf offensichtliche Fälle, in denen jeder Irrtum und Zweifel über die Täterschaft ausser Betracht falle. Der Autor sieht diese Auslegung der Bestimmung auch dadurch gerechtfertigt, dass Privatpersonen als kriminalistische Laien überfordert wären mit dem Erfordernis des Erkennens der Deliktsart, insbesondere auch darin, richtig zu beurteilen, ob das betreffende Delikt einen Freiheitsentzug nach sich zieht.

§ 16 Abs. 2 dagegen sieht eine Beschränkung bei der Voraussetzung des dringenden Tatverdachts vor: Hier soll die Verhaftung aufgrund einer Verfügung des Verhörerichters (3) nur möglich sein bei Verdacht auf "Vorliegen einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Handlung". In den Fällen von Fluchtgefahr und Kollusionsgefahr ist dagegen keine ausdrückliche Beschränkung vorgesehen.

(2) S. 58 ff.

(3) dasselbe muss auch für die vorläufige Festnahme gelten

§ 19 Die vorläufige Festnahme im Kanton Freiburg (1)

Gemäss Art. 2 Ziff. 1 darf niemand ohne schriftlichen Verhaftsbefehl verhaftet werden, ausser wenn "der Beschuldigte auf frischer Tat betroffen wird oder aus der Haft entwichen ist".

Diese sehr knappe Regelung macht deutlich, dass die vorläufige Festnahme nur in Ausnahmefällen vorgesehen ist und in ihrer Bedeutung ausdrücklich eingeschränkt wird. Auffallend ist, dass der Kanton Freiburg die vorläufige Festnahme bei Vorliegen von einfachem oder dringendem Tatverdacht ausschliesst. Damit will der Gesetzgeber die vorläufige Festnahme auf Fälle beschränken, in denen die Täterschaft mit Sicherheit feststeht.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 steht die Strafverfolgung "lediglich den vom Gesetz hierfür bestimmten Beamten" zu. Aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 ist zu schliessen, dass die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme nur Polizeibeamten und gerichtlichen Beamten, nicht aber Privatpersonen zusteht.

Ueber die Art der Delikte, bei deren Vorliegen die vorläufige Festnahme erlaubt sein soll, schweigt sich der Gesetzgeber aus. Aus der restriktiven Formulierung der beiden Artikel, die die Möglichkeiten der vorläufigen Festnahme stark einschränken bezüglich notwendigen Voraussetzungen und dem zur Festnahme berechtigten Personenkreis, ist zu folgern, dass auch bezüglich der Deliktsarten eine Beschränkung vorgesehen ist, und die vorläufige Festnahme nur bei Vorliegen von schwereren Delikten erlaubt sein soll.

(1) Grundlage: Strafprozessordnung für den Kanton Freiburg vom 11. Mai 1927, Ausgabe September 1982

§ 20 Die vorläufige Festnahme im Kanton Solothurn (1)

Der Gesetzgeber fasst den Kreis der befugten Personen in § 40 zu einer "Jedermann"-Bestimmung zusammen und erteilt daneben in § 41 den Polizeiorganen eine zusätzliche Berechtigung zur vorläufigen Festnahme.

Die Bestimmung des § 40

Gemäss § 40 Abs. 1 ist jedermann berechtigt, "eine Person festzunehmen, die bei Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" betroffen wird oder die "nach einer solchen Tat die Flucht ergriffen hat". Damit steht die Berechtigung zur vorläufigen Festnahme auf der Grundlage von Flagranz und Quasiflagranz (2).

Um Irrtum und Willkür der Privatpersonen wenigstens zum Teil auszuschliessen, fordert § 40 Abs. 1 a.E. die unverzügliche Meldung der Festnahme an die Polizei, die dann die notwendigen Voraussetzungen veranlasst.

Abs. 2 sieht die Staatshaftung vor für Schaden, "den Privatpersonen erleiden, die einen Verdächtigen verfolgen oder festnehmen oder dabei mit-helfen".

§ 40 erwähnt ausdrücklich die Befugnis zur Festnahme im Falle des Vor-liegens eines Verbrechens oder Vergehens. Da § 41 Abs. 2 die Festnahme von Uebertretungstätern bei der polizeilichen Festnahme ausdrücklich vor-sieht, muss das Schweigen des § 40 diesbezüglich als Ausschluss der Fest-nahme durch Privatpersonen gewertet werden.

Die Bestimmung des § 41

§ 41 Abs. 1 gibt den Polizeiorganen das Recht, "jede Person" festzunehmen, "die sie bei Verübung eines Verbrechens oder Vergehens betreffen oder die nach ihrer eigenen Wahrnehmung oder nach glaubwürdiger Mitteilung Dritter einer solchen Tat verdächtig ist, sofern ein Haftgrund nach § 42 vor-liegt".

(1) Grundlage: Strafprozessordnung vom 7. Juni 1970, Ausgabe Dezember 1978
 (2) vgl. auch Ausführungen zum Kanton Aargau, hinten S. 126 ff.

Auffallend ist die wörtliche Übereinstimmung mit § 52 Nidwalden und Art. 73 Abs. 1 Obwalden (3); der gleiche Grundsatz findet sich auch in § 68 Zürich und Art. 72 Abs. 1 und 2 Bern, so dass auf die Ausführungen zu diesen Kantonen verwiesen werden kann.

Die Haftgründe des § 42 Solothurn, auf welche § 41 Abs. 1 hinweist, sind die folgenden:

- Flucht oder Fluchtgefahr (§ 42 Abs. 2 lit. a)
- Kollusionsgefahr (lit. b)
- Verdacht eines schweren Verbrechens oder schweren Vergehens (lit. c)
- Verdacht eines Verbrechens und Vorliegen von Fortsetzungsgefahr (lit. d)

§ 41 Abs. 2 enthält eine spezielle Regelung für die polizeiliche Festnahme von Uebertretungstätern, basierend auf den Voraussetzungen des fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz, mangelnder Feststellbarkeit der Personalien und Fortsetzungsgefahr. Da auch § 41 Abs. 2 wörtlich übereinstimmt mit der entsprechenden Bestimmung der Kantone Obwalden (Art. 73 Abs. 2) und Nidwalden (§ 52 Abs. 2), kann auch hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Gemäss dem Reglement der Kantonspolizei vom 2. Mai 1968 sind Polizeibeamte befugt, Personen festzunehmen, die die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit gefährden. In einer politischen Debatte wurde die Frage laut, ob dieses polizeiliche Vorgehen auf legaler Grundlage beruhe, und auf welche Weise die Verteidigungsrechte der Betroffenen gewährleistet würden, welche die Strafprozessordnung vorsehe (4). Der Interpellant erhielt die eher unbefriedigende Antwort, die erwähnte Vorschrift beruhe sehr wohl auf gesetzlicher Grundlage. Im übrigen habe eine polizeiliche Festnahme im erwähnten Sinne nichts zu tun mit einer Festnahme im Zusammenhang mit einem strafprozessualen Verfahren, so dass sich hier das Problem der Verteidigungsrechte nicht stelle. Im vorliegend genannten Fall beschränke sich die polizeiliche Festnahmebefugnis überdies auf geistesranke Personen, Trunksüchtige etc., welche für ihre Umwelt eine Gefahr bildeten.

(3) Es ist zu vermuten, dass sich die jüngeren StPO der Kantone Obwalden und Nidwalden an die ältere StPO von Solothurn anlehnen.

(4) Clerc, ZStR 89 (1973) 101 f. N.19

§ 21 Die vorläufige Festnahme im Kanton Basel-Stadt (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt regelt die vorläufige Festnahme in § 61, wobei neben Amtspersonen auch Privatpersonen als Berechtigte genannt sind.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Amtspersonen als Berechtigte (§ 61 Abs. 1 und 2)

Grundsätzlich sind die in § 61 Abs. 2 erwähnten Amtspersonen unter den gleichen Voraussetzungen zur vorläufigen Festnahme berechtigt, die in § 53 Ziff. 1 bis 5 als Gründe für die Anordnung von Sicherheitshaft aufgezählt sind, sofern das qualifizierende Element der Gefahr im Verzug vorliegt (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2); es sind dies der allgemeine Haftgrund des Tatverdachts neben einem der folgenden speziellen Haftgründe:

- Kollusionsgefahr (Ziff. 1)
- Fluchtgefahr (Ziff. 2)
- Gefährdung anderer, insbesondere durch Fortsetzungsgefahr (Ziff. 3)
- Persönlichkeit des Täters steht nicht fest (Ziff. 4)
- Schutz des Täters (Ziff. 5)

Der Gesetzgeber unterstellt die vorläufige Festnahme damit dem gleichen Grundsatz, wie er in den Kantonen Schwyz (§ 29 Abs. 2 mit Hinweis auf § 26) und Luzern (§ 52 mit Hinweis auf § 80) zu finden ist.

Als weitere Voraussetzung der Festnahme durch Amtspersonen findet sich in § 61 Abs. 1 Ziff. 1 die Festnahme einer Person, welche zur Fahndung ausgeschrieben wurde (2).

Von der Bestimmung des § 61 Abs. 1 Ziff. 2 gedeckt sind gemäss Bundesgericht auch Fälle des polizeilichen Gewahrsams, sofern die genannten Voraussetzun-

-
- (1) Grundlage: Strafprozessordnung vom 15. Oktober 1931, Ausgabe 1976, und Bericht der Grossratskommission zur Teilrevision der Strafprozessordnung (Ratschlag Nr. 7506), dat. 31. August 1984 (Der Grosse Rat ist jedoch anfangs 1985 auf diese Vorlage nicht eingetreten).
- (2) So auch St. Gallen (Art. 96 Abs. 1 Ziff. 2) und Graubünden (Art. 72 Abs. 3 lit. b), allerdings als Voraussetzung für Privatpersonen

gen der vorläufigen Festnahme erfüllt sind (3).

Ist die Identitätskontrolle an Ort und Stelle im Freien nicht möglich, bleibt nichts anderes übrig, als die Personen für Abklärungen und Erhebungen zur Person in die Räume der Polizei zu führen. Vor allem bei Demonstrationen - wie im erwähnten Entscheid, welcher zugrunde liegt - dürfte es aufgrund der besonderen Umstände nicht möglich sein, die notwendigen Abklärungen gleich an Ort und Stelle vorzunehmen.

Gemäss Bundesgericht muss ein derartiges Vorgehen der Polizei "zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit unter besonderen Umständen ... in Kauf genommen werden". Das Interesse des Staates an der Ermittlung der für Ausschreitungen verantwortlichen Personen überwiege in solchen Ausnahmesituationen die Unannehmlichkeiten, die sich aus einem kurzen (4) Polizeigewahrsam für die betroffenen Personen ergeben würden.

Gemäss § 63 Abs. 1 StPO kann die körperliche Untersuchung eines Angeschuldigten gegen seinen Willen angeordnet werden, wenn sie für die Feststellung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung oder zu einer Ueberführung notwendig ist.

-
- (3) BGE 107 Ia 138 ff. behandelt einen Fall, bei dem es um vier Personen geht, welche im Zusammenhang mit einer unbewilligten Demonstration zusammen mit 61 weiteren Personen zum Zweck der Identitätskontrolle und der ersten Abklärungen bezüglich Tatverdacht der Teilnahme an der unbewilligten Demonstration etc. vorübergehend in Polizeigewahrsam genommen wurden. Im folgenden einzelne Problemkreise aus diesem Fall.
- (4) Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei einer Dauer von 4 - 6 Stunden (wie vorliegendenfalls vorgekommen) um eine Frist, die "gegen die Grenze dessen gehen" könne, "was den Ermittlungsorganen für eine Identitätskontrolle und allenfalls eine summarische Einvernahme zugebilligt werden" könne. Im betreffenden Fall habe die Polizei die Ausschreitungen nicht vorhersehen können, weshalb man die für die Einvernahmen notwendigen Beamten erst habe aufbieten müssen. Trotz des erfolgten Aufgebots der zusätzlichen Beamten habe man nur wenige der festgenommenen Personen gleichzeitig befragen können.
- In Beachtung dieser speziellen Umstände sei die Dauer des polizeilichen Gewahrsams von 4 - 6 Stunden nicht unverhältnismässig und nicht verfassungswidrig.

Da die erkennungsdienstliche Behandlung einer festgenommenen Person (d.h. Fingerabdrücke, Fotografie etc.) an keiner Stelle der StPO ausdrücklich erwähnt ist, stellt sich die Frage, ob solche Massnahmen als Teil der körperlichen Untersuchung anzusehen sind und damit von § 63 StPO gedeckt werden, oder aber, ob sich für derartige Massnahmen keine gesetzliche Grundlage findet und die erkennungsdienstliche Behandlung daher allenfalls verfassungswidrig ist.

Das Bundesgericht räumt ein, dass in der Rechtslehre körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Massnahmen als "verschiedene Eingriffe betrachtet werden". Unter dem Aspekt des Art. 4 BV sei es indessen zulässig, erkennungsdienstliche Massnahmen auf § 63 StPO zu stützen, welcher sich auf die körperliche Untersuchung beziehe. Es dürfe nämlich gesagt werden, dass die erkennungsdienstlichen Massnahmen im weiteren Sinne zur körperlichen Untersuchung gerechnet werden können. Das Fotografieren des Gesichts dagegen könne man nicht mehr als körperliche Untersuchung bezeichnen. Art. 4 BV verbiete jedoch nicht, § 63 StPO "analogieweise und nach dem Grundsatz 'in maiore minus' auch auf die fotografische Aufnahme anzuwenden". Eine körperliche Untersuchung im Sinne der Untersuchung des unbedeckten Körpers, "die auch gewisse körperliche Eingriffe wie z.B. Auspumpen des Magens etc. in sich schliesse", bilde einen weit schwerwiegenderen Eingriff als eine "gewöhnliche Fotografie". Wenn nun § 63 StPO den schwereren Eingriff der körperlichen Untersuchung im erwähnten Sinne gestatte, sei in dieser Bestimmung auch die weniger weitgehende Massnahme einer fotografischen Aufnahme des Gesichts eingeschlossen. Eine derartige Massnahme verletze Art. 4 BV somit nicht.

Könnte § 63 StPO für erkennungsdienstliche Massnahmen nicht herangezogen werden, würde man tatsächlich davon ausgehen müssen, im Kanton Basel-Stadt finde sich keine gesetzliche Grundlage für derartige Massnahmen. Da es jedoch laut Bundesgericht "beim heutigen Stand der Kriminalistik" undenkbar sei, erkennungsdienstliche Massnahmen überhaupt auszuschliessen, müsste man sich dann die Frage stellen, ob derartige Massnahmen nicht sogar "aufgrund von Gewohnheitsrecht" zulässig wären.

B) Privatpersonen als Berechtigte (§ 61 Abs. 2)

Der Gesetzgeber stellt die Berechtigung für Privatpersonen auf die Grundlage der Flagranz: "Wird jedoch ein Verbrecher auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist jedermann zur Festnahme befugt". Gemäss Abs. 2 a.E. haben die Privatpersonen die festgenommene Person unverzüglich der Polizei zu übergeben.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

A) Amtspersonen (§ 61 Abs. 1 und 2)

§ 61 Abs. 1 sieht die vorläufige Festnahme durch Amtspersonen grundsätzlich für alle strafbaren Handlungen vor ("... die einer strafbaren Handlung verdächtigen Personen ...").

Eine ausdrückliche Ausnahme besteht jedoch für Uebertretungstäter: Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 dürfen Uebertretungstäter nicht festgenommen werden "wegen Fluchtgefahr und Kollusionsgefahr" (§ 53 Ziff. 1 und 2), "sofern sie im Kanton (5) Wohnsitz haben oder genügende Sicherheit leisten ...". Damit ist die vorläufige Festnahme bei Uebertretungen möglich in jedem Fall bei Vorliegen der Haftgründe gemäss § 53 Ziff. 3 bis 5 (Fortsetzungsgefahr bzw. Gefahr für Dritte, Ziff. 3; mangelnde Ausweisung, Ziff. 4; Schutz des Täters vor Einwirkungen durch Dritte, Ziff. 5), bei Flucht- und Kollusionsgefahr (Ziff. 1 und 2) dagegen nur, wenn der Betreffende keinen Wohnsitz im Kanton (5) hat und keine genügende Sicherheit leistet (6).

B) Privatpersonen (§ 61 Abs. 2)

§ 61 Abs. 2 schliesst mit der Wendung "ein Verbrecher auf frischer Tat betroffen" die Festnahme von Uebertretungstätern klar aus. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber mit dem Ausdruck "Verbrecher" auch Vergehen bewusst ausschliessen wollte. Wahrscheinlicher ist, dass damit lediglich darauf hingewiesen werden soll, dass die Festnahme auf schwere Delikte zu beschränken ist.

-
- (5) Im Bericht der Grossratskommission findet sich bzgl. § 61 Ziff. 2 die Aenderung, dass nicht mehr der Wohnsitz im Kanton, sondern der Wohnsitz in der Schweiz massgebend sein soll. Der Grosse Rat ist jedoch im Jan. 1985 auf die Vorlage nicht eingetreten, sodass es beim Wohnsitz im Kanton bleibt.
- (6) wie im Kanton Zürich, § 339; gleicher Gedanke auch in Art. 74 Bern, § 107 Schwyz; Art. 73 Abs. 2 Obw.; § 52 Abs. 2 Nidw.; § 41 Abs. 2 Solothurn.

§ 22 Die vorläufige Festnahme im Kanton Basel-Landschaft (1)

Der Kanton Basel-Landschaft regelt die vorläufige Festnahme in den §§ 46 und 47 unter der Bezeichnung "Anhaltung" und unterteilt die Bestimmungen in "polizeiliche Anhaltung" (§ 46) und "Anhaltung durch Privatpersonen" (§ 47).

Da die Regelung des Kantons Basel-Landschaft zum grossen Teil wörtlich übereinstimmt mit der Regelung des Kantons Bern (Art. 72 und 73), kann hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (2).

Während der Kanton Bern eine ausdrückliche Bestimmung enthält über die Voraussetzungen, unter denen die vorläufige Festnahme selbst bei Vorliegen von Uebertretungen zulässig sein soll, schweigt sich der Gesetzgeber hier scheinbar aus bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Festnahme von Uebertretungstätern. Zu beachten ist aber, dass sich die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme im ersten Abschnitt des ersten Titels mit der Bezeichnung "Das Verfahren auf öffentliche Klage" finden. Gemäss § 11 der Strafprozessordnung beurteilt der Richter auf öffentliche Klage hin "alle Verbrechen und Vergehen, die in diesem Gesetz nicht ausdrücklich der Verfolgung durch die Privatklage vorbehalten sind". Aus der Verbindung zwischen § 11 und dem Umstand, dass sich die Bestimmungen betreffend die vorläufige Festnahme im erwähnten Titel des Gesetzes befinden, ist zu schliessen, dass sich die §§ 46 und 47 nur auf die Festnahme bei Verbrechen und Vergehen beziehen, Uebertretungstatbestände aber auszuklammern sind.

-
- (1) Grundlage: Gesetz betreffend die Strafprozessordnung (StPO) vom 30. Oktober 1941; Ausgabe 1980
 - (2) vgl. vorne S.81 ; da der Gesetzgeber hier im Unterschied zum Kanton Bern nicht unterscheidet zwischen "Anhaltung" und "Festnahme", muss vorliegendenfalls der Begriff "Anhaltung" mit dem der vorläufigen Festnahme gleichgesetzt werden.

§ 23 Die vorläufige Festnahme im Kanton Schaffhausen (1)

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme gemäss Art. 93 der StPO vom 3. März 1909/4. Mai 1964

Art. 93 Abs. 2 und 3 sieht die vorläufige Festnahme vor für jedermann unter den folgenden Voraussetzungen:

- Ergreifung auf frischer Tat
- Ergreifung einer Person, die zur Verhaftung ausgeschrieben ist

Zum Schutz des Festgenommenen fordert Art. 93 Abs. 3 die sofortige Ueberweisung des Betreffenden an die Polizeiorgane, falls die Festnahme durch Privatpersonen erfolgte.

II Die Voraussetzungen gemäss Art. 146 ff. der Vorlage des Regierungsrates über die Totalrevision der StPO (vom 6. Dezember 1983)

Die Vorlage des Regierungsrates spricht nicht mehr von vorläufiger Festnahme, sondern teilt auf in Anhaltung, Polizeihaft und Untersuchungshaft.

A) Die Anhaltung gemäss Art. 146 - 148

Art. 146 spricht vom "allgemeinen Anhaltungsrecht" und sieht vor, dass jedermann berechtigt ist, "einen auf frischer Tat ertapten oder verfolgten Straftäter zur Feststellung der Personalien oder zur Verhinderung der Flucht anzuhalten". Ebenso soll jedermann "zur Anhaltung eines öffentlich zur Verhaftung Ausgeschriebenen befugt" sein (Abs. 1).

Die Berechtigung zur Anhaltung stützt sich somit auf Flagranz oder auf öffentliche Ausschreibung. Dies sind die gleichen Voraussetzungen, wie sie

- (1) Grundlagen: Strafprozessordnung vom 3. März 1909 /4. Mai 1964, Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen an den Grossen Rat über die Totalrevision der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 6. Dezember 1983, Vorlage der Spezialkommission des Grossen Rates vom 30. Mai 1985

die Strafprozessordnung vom 3. März 1909 /4. Mai 1964 für die vorläufige Festnahme vorsieht (Art. 93 Abs. 2). Die Anhaltung soll den Zweck haben, die Personalien des Täters festzustellen oder eine allfällige Flucht des Betreffenden zu verhindern.

Art. 73 der Vorlage vom Dezember 1983 sieht die Möglichkeit vor, in besonderen Fällen "zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen" "ausnahmsweise Mitteilungen zuhanden der Oeffentlichkeit an Vertreter der Presse oder anderer Publikationsmittel" herauszugeben. Ein derartiger besonderer Fall liegt gemäss der Bestimmung zum Beispiel dann vor, "wenn eine Mitwirkung der Bevölkerung bei der Aufklärung von Straftaten geboten erscheint".

Gemäss Art. 74 kann der Richter bei Vorliegen von schweren Verbrechen oder Vergehen durch "Vermittlung geeigneter Publikationsmittel" die Oeffentlichkeit auffordern, "bei der Fahndung nach verdächtigen Personen oder nach Beweismitteln sowie bei der Ergreifung eines Beschuldigten mitzuwirken".

Mit diesen beiden Bestimmungen legt der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die öffentliche Fahndung, lässt aber dennoch einigen Spielraum für das eigene Ermessen des zuständigen Beamten im Einzelfall.

Gemäss Art. 146 Abs. 2 darf die betreffende Person "nicht länger festgehalten werden, als zur sofortigen Feststellung ihrer Tat und ihrer Identität oder zur Uebergabe an die Polizei erforderlich" ist. Unklar ist, ob den Privatpersonen ein Recht zukommt, nicht nur selbständig (ohne Mitwirkung der Polizei) die Personalien des Betreffenden festzustellen, sondern auch selbständig entscheiden zu dürfen, ob die Person der Polizei zu übergeben oder wieder freizulassen ist. In diesem Zusammenhang darf meines Erachtens der erste Teil von Abs. 2 ("... nicht länger festgehalten werden, als zur sofortigen Feststellung ihrer Tat und ihrer Identität ... erforderlich ist") nur der polizeilichen Anhaltung zugerechnet werden, und nur der zweite Teil von Abs. 2 ("... oder zur Uebergabe an die Polizei erforderlich ist") gilt für die private Anhaltung. Demgemäss hätten Privatpersonen keinerlei Ueberprüfungskompetenz, sondern nur das Recht, die Person anzuhalten und der Polizei zu übergeben. Diese Auslegung kommt auch der Regelung der StPO von 1909/1964 entgegen, wo Art. 93 Abs. 3 a.E. fordert, der Festgenommene sei ohne jeglichen Verzug eines Polizeiposten zuzuführen.

Art. 147 regelt die polizeiliche Anhaltung und bestimmt, die Polizei habe "jeden anzuhalten, der in ihrer Gegenwart ein Verbrechen oder Vergehen ausführt oder unmittelbar darnach betroffen wird" (Abs. 1). Abs. 1 betrifft somit Fälle des flagranten Delikts, wobei die gleichen Voraussetzungen vorgesehen sind wie für das allgemeine Anhaltungsrecht im Sinne von Art. 146. Art. 147 Abs. 2 erlaubt im weiteren die polizeiliche Anhaltung eines Tatverdächtigen bei Vorliegen von Gefahr im Verzug, wobei sich der Tatverdacht auf entsprechende "amtliche Wahrnehmung" oder entsprechende "glaubwürdige Mitteilung" durch Drittpersonen stützt (2).

Gemäss Art. 148 können polizeilich Angehaltene auf den Posten verbracht werden, sofern dies zur "Sicherstellung ihrer Person oder zur näheren Abklärung von Verdachtsgründen geboten erscheint". Abs. 2 fordert die anschliessende sofortige Entlassung der auf den Polizeiposten verbrachten Personen, "sofern nicht gemäss Art. 149 Polizeihaft verfügt wird".

B) Die Polizeihaft gemäss Art. 149

Art. 149 lässt die vorläufige Inhaftierung (Polizeihaft) zu, wenn sich "aufgrund der bisherigen Ermittlungen und nach Befragung des Beschuldigten" ergibt, dass die "Voraussetzungen der Untersuchungshaft gemäss Art. 150 vorliegen" (dringenden Tatverdacht neben Fluchtgefahr, lit. a; Kollusionsgefahr, lit. b; oder Wiederholungsgefahr, lit. c).

Polizeilich inhaftierte Personen und Personen, die "aufgrund eines Zuführungsbefehls festgenommen" wurden, sind "in der Regel innert 24 Stunden seit der Zuführung an die Kantonspolizei" vom zuständigen Richter anzuhören, "sofern sie nicht vorher entlassen" werden (Art. 157 Abs. 1). Diese Anhörung kann "aus triftigen Gründen" um höchstens weitere 24 Stunden verschoben werden (Abs. 2). Ist der Angeschuldigte nicht verhandlungsfähig und die Anhörung aus diesem Grunde nicht möglich, kann trotzdem eine richterliche Haftverfügung gemäss Art. 158 erlassen werden. Der Verhaftete ist jedoch so bald wie möglich dem Richter vorzuführen (Art. 157 Abs. 3). Damit lässt Abs. 3 zum Nachteil des Beschuldigten unter der Voraussetzung der Verhandlungsunfähigkeit eine Verhaftung ohne vorgängige Anhörung ausdrücklich zu.

2) Gleiches Erfordernis in § 68 Ziff. 2 Zürich, Art. 73 Abs. 1 Obwalden, § 52 Abs. 1 Nidwalden, § 41 Abs. 1 Solothurn, als Voraussetzung der polizeilichen Festnahme

§ 24 Die vorläufige Festnahme im Kanton Appenzell A.Rh. (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh. regelt die vorläufige Festnahme in den Art. 102 und 103, wobei Art. 102 die Voraussetzungen enthält und Art. 103 die Ueberschrift "Behandlung des vorläufig Festgenommenen" trägt. Art. 101 regelt die Passantenkontrolle.

I Die spezielle Regelung der Passantenkontrolle gemäss Art. 101

Art. 101 sieht vor, dass die Polizei "im Interesse der Aufdeckung von Straftaten Personen anhalten und von ihnen die Personalien sowie einen Ausweis verlangen oder auf andere Weise ihre Identität feststellen" kann.

Damit findet sich hier eine klare gesetzliche Grundlage für die Passantenkontrolle durch die Polizei (2).

Gemäss Abs. 2 ist die Polizei ermächtigt, die angehaltene Person auf den Polizeiposten zu bringen, sofern dies "zur näheren Ermittlung" und zur Abklärung von allfälligen Verdachtsgründen notwendig erscheint. Nach erfolgter Abklärung ist die Person dann "entweder zu entlassen oder festzunehmen, wenn die Voraussetzungen hiezu erfüllt sind". Dabei muss betont werden, dass diese Bestimmung der Polizei nicht das Recht gibt, angehaltene Personen stundenweise festzuhalten, wenn die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme nicht gegeben sind (3).

II Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

Gemäss Art. 102 Abs. 1 ist die vorläufige Festnahme durch Polizeibeamte und durch Privatpersonen unter folgenden Voraussetzungen möglich:

- bei öffentlicher Aufforderung zur Festnahme (Ziff. 1)

-
- (1) Grundlage: Gesetz über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 30. April 1978
 - (2) Willfratt, S. 49 f., sieht schon in der Formulierung "oder auf andere Weise" eine Grundlage für die Vornahme einer Verhaftung oder vorl. Festnahme.
 - (3) Bänziger /Stolz, Komm. zu Art. 101, führen aus, diese Bestimmung dürfe "selbstverständlich nicht" im erwähnten Sinne "missbraucht" werden.

- bei Vorliegen von Flagranz (Ziff. 2)
- bei Vorliegen von Quasiflagranz (Ziff. 3)

Auffallend ist hier, dass die Voraussetzungen von Flagranz und Quasiflagranz in zwei getrennten Ziffern aufgeführt sind, während diese beiden Voraussetzungen in einigen Kantonen zusammengefasst sind.

Art. 102 Abs. 2 erteilt der Polizei eine weitere Kompetenz zur vorläufigen Festnahme:

- bei polizeilicher Ausschreibung einer Person (4)
- wenn eine Person "nach glaubwürdiger Mitteilung Dritter eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt wird und ein Haftgrund nach Art. 98 gegeben ist".

Die letztgenannte Voraussetzung mit dem Hinweis auf die allgemeinen Haftgründe findet sich auch in § 68 Zürich, Art. 111 Uri (5), Art. 73 Obwalden, § 52 Nidwalden, § 41 Solothurn.

Die Haftgründe gemäss Art. 98 Appenzell A.Rh. sind:

- dringender Tatverdacht als allgemeiner Haftgrund sowie die folgenden speziellen Haftgründe (alternativ): Fluchtgefahr (Ziff. 1), Verdunkelungsgefahr (Ziff. 2), Gefährdung Dritter durch Fortsetzung der Deliktstätigkeit (Ziff. 3), besondere Schwere der Tat, welche eine Inhaftierung erfordert (Ziff. 4).

In Ziff. 4 ist an besonders schwere Delikte gedacht, wie z.B. Tötungsdelikte, bei denen zwar weder Kollusions- noch Fluchtgefahr oder Wiederholungsgefahr besteht, bei deren Vorliegen aber in Berücksichtigung der öffentlichen Meinung eine Haftentlassung bzw. den Täter auf freiem Fuss zu belassen nicht in Frage kommt (6).

-
- (4) Gemäss Art. 99 Abs. 2 wird der zu Verhaftende polizeilich ausgeschrieben, sofern er flüchtig ist. "In besonderen Fällen" kann die Öffentlichkeit "durch geeignete Mittel" zur Mitwirkung an der Ermittlung des Gesuchten aufgefordert werden (vgl. Art. 102 Abs. 1 Ziff. 1). Die Justizdirektion kann eine Belohnung aussetzen. Gemäss Bänziger/Stolz, Komm. zu Art. 99 Abs. 2, gelangen die Art. 102 ff. (Bestimmungen über vorl. Festnahme und Untersuchungshaft) zur Anwendung, sofern der Gesuchte auf Ausschreibung hin verhaftet wird.
 - (5) Die StPO Uri stellt weitgehend eine Uebernahme der StPO Appenzell A.Rh. dar. Da an letzterer der Zürcher Strafrechtsprofessor Dr. Robert Hauser massgeblich mitgewirkt hat, liegt der deutlich spürbare Zürcher Einfluss auf der Hand.
 - (6) so Bänziger/Stolz, Komm. zu Art. 98

Bei Vorliegen von Uebertretungen ist die Verhaftung im Sinne von Art. 98 ausgeschlossen (7).

Zum Schutz des Festgenommenen sieht der Gesetzgeber vor (Art. 103), dass Personen, welche durch eine Privatperson festgenommen worden sind, "sofort einen Polizeibeamten übergeben" werden müssen (Abs. 1). Die Polizei hat den Festgenommenen zu befragen und ihn anschliessend freizulassen oder, wenn die Voraussetzungen von Art. 98 erfüllt sind, ihn der zuständigen Behörde zuzuführen (Abs. 2).

Obwohl der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung, insbesondere mit der Wendung: "Vor ihrer Entscheid kann die Polizei die unaufschiebbaren Abklärungen treffen" (Abs. 2 letzter Satz), der Polizei einen gewissen Spielraum lässt, bevor sie den Festgenommenen weiterzuleiten bzw. freizulassen hat, ist damit nicht ein eigentlicher Polizeiverhaft vorgesehen (8).

III Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Der Gesetzgeber erwähnt die vorläufige Festnahme von Uebertretungstätern nicht ausdrücklich. Aus dem Gesetzestext geht hervor, dass die Festnahme bei Vorliegen einer Uebertretung höchstens in den Fällen von Flagranz und Quasiflagranz (Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 und 3) denkbar wäre (9), in allen andern Fällen aber ausdrücklich (Art. 102 Abs. 2 a.E., "eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig") oder sinngemäss (Art. 102 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 erster Satz) ausgeschlossen wird.

Bänziger/Stolz (10) erachten die vorläufige Festnahme von Uebertretungstätern, die in Flagranz erwischt werden, als rechtmässig, auch wenn eine Verhaftung mittels Haftbefehl bei Uebertretungen ausgeschlossen ist. Diese unterschiedliche Regelung lasse sich dadurch rechtfertigen, dass eine vorläufige Festnahme einen weit geringeren Eingriff darstelle als eine Verhaftung. Bei der vorläufigen Festnahme werde der Betroffene nämlich - im

(7) so Bänziger/Stolz, Komm. zu Art. 98, mit dem Hinweis darauf, dass schon in der alten StPO die gleiche Regelung gegolten habe.

(8) Bänziger/Stolz, Komm. zu Art. 103; dies ergebe sich schon aus Art. 104, der fordert, die verhafteten oder nach Art. 103 festgenommenen Personen seien "so rasch wie möglich der zuständigen Behörde" zuzuführen.

(9) Der Begriff "Straftat" schliesst jede Art von Delikten ein.

(10) Komm. zu Art. 102 Abs. 1

Gegensatz zum Verhafteten - lediglich "für einen kurzen Zeitraum seiner Freiheit beraubt". Bereits nach erfolgter Befragung auf dem Polizeiposten sei er wieder auf freien Fuss zu setzen, sofern nicht dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens und ein spezieller Haftgrund (Art. 98) vorliege. Die Autoren erachten die vorläufige Festnahme von Uebertretungstätern vor allem in zwei Fällen als gerechtfertigt (11):

- bei Uebertretungen, die schon allein aufgrund der Strafdrohung als nicht mehr leicht zu qualifizieren sind (Androhung von Haft oder Haft und Busse)
- bei Uebertretungen, durch deren Begehung der Täter Drittpersonen in hohem Masse gefährdet (Bsp. Angetrunkenheit am Steuer)

IV Die Haftungsbestimmung des Art. 102 Abs. 3 StPO

Gemäss Art. 102 Abs. 3 bestimmt der Regierungsrat, "in welchem Umfange der Kanton den Schaden ersetzt, "den Private bei der Festnahme des Verdächtigen erleiden". Auffallend ist die unterschiedliche Formulierung im Vergleich mit der Haftungsbestimmung des Art. 100 Abs. 2, wo vorgesehen ist, der Kanton hafte dem Privaten, der von der Polizei zur Mitwirkung bei einer Verhaftung aufgefordert wird, "für einen allfälligen, anderweitig nicht gedeckten Schaden".

Bänziger/Stolz (12) führen dazu aus, man habe bei der vorläufigen Festnahme nicht so weit gehen wollen wie bei der Verhaftung, wo der Staat "ohne weiteres subsidiär für den Schaden, den Privatpersonen bei der Mithilfe erleiden" hafte. Als Begründung für diese unterschiedliche Regelung erwähnen die Autoren, bei der Festnahme handle der Private "unter Umständen auf eigene Initiative, ohne Aufforderung eines Polizeibeamten, und je nach Fall auch ohne dringende Notwendigkeit des Einschreitens".

(11) Komm. zu Art. 102 Abs. 1

(12) Komm. zu Art. 102 Abs. 3 unter Hinweis auf Art. 100 Abs. 2 StPO

§ 25 Die vorläufige Festnahme im Kanton Appenzell I.Rh.

I Die Regelung nach der alten StPO (1)

A) Die Bestimmung des Art. 20

Der Gesetzgeber gewährt in Art. 20 "jedermann" das Recht zur vorläufigen Festnahme unter den folgenden alternativen Voraussetzungen:

- Ergreifung auf frischer Tat
- Vorliegen von dringendem Tatverdacht

Die Bestimmung stellt in dem Sinne eine Ausnahme dar, als sie auch Privatpersonen unter der qualifizierten Voraussetzung des dringenden Tatverdachts das Recht zur Festnahme geben will. Mit dieser Bestimmung geht der Gesetzgeber sehr weit; das Erfordernis des dringenden Tatverdachts macht die Aufgabe für Privatpersonen als kriminalistisch unerfahrene Personen äusserst schwierig.

B) Der Vorbehalt des Art. 27 Abs. 3 zugunsten der polizeilichen Festnahme

Gemäss Art. 27 Abs. 1 ist eine Verhaftung ganz allgemein immer dann gerechtfertigt, wenn sie "zur Erreichung des Untersuchungszwecks nötig und zulässig" ist. Damit verweist der Gesetzgeber ausdrücklich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der bei jeder Verhaftung und vorläufigen Festnahme auch stillschweigend Gültigkeit beansprucht.

Die einzelnen Haftgründe sind in Art. 27 Abs. 2 aufgezählt:

- bei Verbrechen (Ziff. 1)
- bei Vergehen, "welche voraussichtlich mit Freiheitsstrafe geahndet werden", wenn Flucht- oder Kollusionsgefahr besteht oder wenn der Betreffende "im Kanton keinen festen Wohnsitz hat und sich nicht genügend ausweist (Ziff. 2)(2)

-
- (1) Grundlage: Gesetz über die Strafprozess-Ordnung für den Kanton App. I.Rh. vom 27. April 1941, mit Revisionen vom 27. April 1969 u. 29. April 1973
 - (2) Fehlender fester Wohnsitz im Kanton bzw. in der Schweiz und ungenügender Ausweis sind in andern Kantonen Voraussetzungen für die Festnahme bei Vorliegen einer Uebertretung

- bei Vergehen, welche "voraussichtlich mit Geldbusse bestraft werden", wenn Kollusionsgefahr besteht (Ziff. 3)

Aufgrund des Vorbehalts zugunsten der polizeilichen Festnahme (3) in Art. 27 Abs. 3 sind für die vorläufige Festnahme durch die Polizei die Voraussetzungen des Abs. 2 heranzuziehen; damit ist die polizeiliche Festnahme in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der speziellen Erfordernisse einer vorläufigen Festnahme (4) unter denselben Bedingungen zulässig wie die Verhaftung (Abs. 2 Ziff. 1 - 3).

Mit der Unterscheidung in Vergehen, welche voraussichtlich mit Freiheitsstrafe geahndet werden (Ziff. 2) und solche, die voraussichtlich nur mit Geldbusse bestraft werden (Ziff. 3), stellt der Gesetzgeber sehr hohe Anforderungen an die Person, die eine Verhaftung vorzunehmen hat. Für den Fall der vorläufigen Festnahme, wo der Polizeibeamte in dringlichen Situationen handeln muss, bleibt kaum Zeit, um derartige Abwägungen vornehmen zu können.

II Die Regelung nach der neuen StPO (5)

A) Die Bestimmungen der Art. 52 - 54

Gemäss Art. 52 Abs. 1 kann eine Person, die auf "frischer Tat betroffen wird", von jedermann "unter sofortiger Anzeige an die Kantonspolizei" festgenommen werden.

Abs. 2 sieht eine spezielle Kompetenz zur Festnahme für Polizeibeamte vor: "Steht jemand in dringendem Verdacht, eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat verübt zu haben und bestehen Haftgründe (Art. 55), kann die Kantonspolizei den Verdächtigen festnehmen".

(3) "Vorbehalten bleibt die polizeiliche Festnahme" (Art. 27 Abs. 3)

(4) Es sind dies Gefahr im Verzug als Grundvoraussetzung sowie Flagrant oder dringender Tatverdacht (Art. 20).

(5) Die neue StPO wurde angenommen an der Landsgemeinde vom 27. April 1986

Die Haftgründe im Sinne von Art. 55 sind: Dringender Tatverdacht als allgemeiner Haftgrund neben einem der folgenden speziellen Haftgründe:

- Fluchtgefahr (lit. a)
- Verdunkelungsgefahr (lit. b)
- Wiederholungsgefahr (lit. c)
- Ausführungsgefahr (lit. d), welche als "bestimmte Gefahr, der Beschuldigte werde ein angedrohtes Gewaltsdelikt, wie es in Art. 260bis Abs. 1 StGB (6) aufgeführt ist, verüben" definiert wird.

Damit basiert die Festnahme durch Privatpersonen allein auf Flagranz, während die Festnahme aufgrund des Vorliegens von dringendem Tatverdacht den Polizeiorganen vorbehalten bleibt. Die Haftgründe (Art. 55) sind übersichtlicher und klarer formuliert als in der alten StPO (Art. 27).

Art. 53 fordert unter der Marginale "Behandlung des Festgenommenen", der Festgenommene sei unverzüglich von der Polizei zu befragen, wobei ihm Gelegenheit zu geben sei, "die Gründe der Festnahme zu entkräften" (Abs. 1).

Art. 54 gibt der Polizei ausdrücklich das Recht, Privatpersonen zur Mit Hilfe bei der Ergreifung eines Verdächtigen aufzufordern (Abs. 1).

B) Die Haftungsbestimmungen der Art. 52 Abs. 3 und 54 Abs. 2

Art. 54 Abs. 2 sieht die Haftung des Kantons vor für "anderweitig nicht gedeckten Schaden, der einer Privatperson bei der Mitwirkung" bei einer polizeilichen Verhaftung oder Festnahme entsteht. Im Unterschied dazu spricht der Gesetzgeber in Art. 52 Abs. 3 davon, die Standeskommission habe zu entscheiden, "ob und in welchem Umfange die Privatpersonen für einen bei der Festnahme entstandenen, anderweitig nicht gedeckten Schaden zu entschädigen" sei.

Auffallend ist, dass die Kantone Appenzell I.Rh. und Appenzell A.Rh. für Schaden, den Privatpersonen aus der Mitwirkung bei einer Verhaftung bzw. Festnahme aufgrund polizeilicher Aufforderung erleiden, die gleiche

(6) Art. 260bis Abs. 1 nennt planmässige konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen zu einer der folgenden strafbaren Handlungen: Vorsätzliche Tötung, Mord, Schwere Körperverletzung, Raub, Freiheitsberaubung und Entführung, Geiselnahme, Brandstiftung. Die genannten strafbaren Vorbereitungshandlungen werden mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

Haftungsbestimmung aufweisen (Art. 100 App. A.Rh.; Art. 54 Abs. 2 neue StPO App. I.Rh.). Auch für die Haftung bezüglich des Schadens, den Privatpersonen bei der vorläufigen Festnahme erleiden, die sie selbst durchführen, weisen die beiden Kantone inhaltlich die gleiche Regelung auf: Art. 102 Abs. 3 App. A.Rh.; Art. 52 Abs. 3 neue StPO App. I.Rh. Beide Kantone sehen hier nicht eine pauschale Haftung für jeden Schaden vor, sondern fordern eine Abklärung in jedem Einzelfall, ob und wie weit ein Schaden durch den Staat zu decken sei.

C) Die Ermittlungen durch die Polizei gemäss Art. 79 (7)

Art. 79 gibt der Kantonspolizei "im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse" die Kompetenz zur Vornahme von "vorläufigen Zwangsmassnahmen". zur Ermittlung von "Spuren und Beweismitteln für Tat und Täterschaft" und zur Sicherung der "gewonnenen Unterlagen". Gemäss Abs. 3 können "in dringenden Fällen" (Gefahr im Verzug) Ermittlungen getätigt und vorläufige Zwangsmassnahmen ergriffen werden "auch vor Stellung des Strafantrages oder der Erteilung einer Ermächtigung".

Die Befugnisse der Kantonspolizei im einzelnen sind (Abs. 2):

- Befragung von Tatverdächtigen und anderen Personen sowie Einholung von Auskünften gemäss Art. 40. Bei der Befragung sind die Grundsätze der Art. 34 (Einvernahme), 37 (Zeugnisverweigerungsrecht) und 42 (Auskunftsperson) zu beachten (lit. a). Art. 34 (Einvernahme) verpflichtet den Untersuchungsrichter, dem Angeschuldigten "den Gegenstand der Straftat" mitzuteilen und ihm Gelegenheit zu geben, "sich über die ihm zur Last gelegten Tatsachen sowie über sämtliche Umstände des Falles" zu äussern. Gemäss Art. 34 Abs. 2 kann der Beschuldigte nicht zu einer Antwort oder gar zu einem Geständnis gezwungen werden.
- Anhaltung von Personen zur Feststellung ihrer Personalien (lit. b). Weisen sich die Personen nicht genügend aus, können sie "für kurze Zeit" auf den Polizeiposten verbracht werden.
- Durchsuchung von Personen und Sachen sowie erkennungsdienstliche Behandlung, sofern diese Massnahmen "zur Abklärung, namentlich der Personalien oder des Verdachts auf Waffentragen notwendig" erscheinen (lit. b).

(7) Diese Bestimmung ist unter dem Eindruck der Aargauer Diskussion entstanden (s. hinten S. 128 ff.)

§ 26 Die vorläufige Festnahme im Kanton St. Gallen (1)

Im Kanton St. Gallen sind Polizeibeamte und Privatpersonen verschiedenen Bestimmungen zugeordnet (Art. 95 und 96) und deren Recht zur vorläufigen Festnahme unterschiedlichen Voraussetzungen unterstellt.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Polizeibeamte (Art. 95)

Gemäss Art. 95 ist die Polizei zur vorläufigen Festnahme befugt in allen Fällen, in denen "ein Verhaftungsgrund besteht" und "Gefahr im Verzug" vorliegt. Die erwähnten Verhaftungsgründe, auf die verwiesen wird, sind in Art. 92 aufgezählt: Kollusionsgefahr (Ziff. 1), Fluchtgefahr (Ziff. 2), Fortsetzungsgefahr (Ziff. 3) als spezielle Haftgründe neben dem allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts.

Die folgenden Kantone stützen das Recht zur vorläufigen Festnahme ebenfalls auf das Vorliegen der allgemeinen Haftgründe: Zürich (§ 68 mit Hinweis auf § 49), Uri (Art. 111 mit Hinweis auf Art. 107), Obwalden (Art. 73 mit Hinweis auf Art. 61), Nidwalden (§ 52 mit Hinweis auf § 53), Solothurn (§ 41 mit Hinweis auf § 42), Appenzell A.Rh. (Art. 102 mit Hinweis auf Art. 98), Vorentwurf Appenzell I.Rh. (Art. 52 Abs. 2 mit Hinweis auf Art. 55).

B) Privatpersonen (Art. 96)

Privatpersonen sind berechtigt, den Täter unter folgenden Voraussetzungen "bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten":

- bei Vorliegen von Flagranz bzw. Quasiflagranz (lit. a)
- wenn eine öffentliche Aufforderung zur Festnahme ergangen ist (lit. b)

Speziell zu erwähnen ist hier, dass Privatpersonen lediglich das Recht haben, den Täter bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten; die Berechtigung, den Täter selbst festzunehmen und ihn auf den Polizeiposten zu führen, kommt ihnen hingegen anscheinend nicht zu.

(1) Grundlage: Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954

Art. 96 Abs. 2 sieht die Staatshaftung vor für Schaden, den Privatpersonen "durch die Mithilfe bei der Verfolgung eines Täters erleiden".

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

A) Polizeibeamte

Der Verweis des Art. 95 auf Art. 92 muss wohl auch für die Art des Delikts gelten, bei dessen Vorliegen die vorläufige Festnahme möglich ist. Art. 92 Abs. 1 spricht ganz allgemein von einer "strafbaren Handlung", woraus zu schliessen ist, dass die Verhaftung und damit auch die vorläufige Festnahme unter den gegebenen Voraussetzungen bei jeder Art von Delikten, also auch bei Uebertretungen, zulässig ist. Dass dies tatsächlich die Auffassung des Gesetzgebers ist, geht aus Art. 92 Abs. 2 hervor, wo es heisst, dass "bei Uebertretungen ... eine Verhaftung nur ausnahmsweise und auf kurze Dauer" zulässig sein soll. Allerdings schweigt sich das Gesetz dann darüber aus, was der Begriff "ausnahmsweise" beinhaltet.

B) Privatpersonen

Art. 96 Ziff. 1 spricht ausdrücklich von "Verbrechen oder Vergehen", Uebertretungen sind nicht erwähnt. Auch Art. 96 Ziff. 2 lässt die Festhaltung eines Uebertretungstäters nicht zu: Gegen eine Person, die sich lediglich einer Uebertretung schuldig gemacht hat, wird keine öffentliche Aufforderung zur Festnahme erlassen.

III Das Polizeigesetz vom 10. April 1980 und Die Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980

Aufgaben und Befugnisse der Polizeibehörden und Polizeikräfte sind im Polizeigesetz und in der Polizeiverordnung speziell geregelt.

A) Das Polizeigesetz vom 10. April 1980

In den allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 - 3) stellt der Gesetzgeber allge-

meine Grundsätze auf, welche Grundlage bilden für alle weiteren Bestimmungen. Gemäss Art. 2 bedürfen Eingriffe in Freiheit und Eigentum grundsätzlich einer besonderen gesetzlichen Grundlage (Abs. 1). Abs. 2 lässt Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage ausnahmsweise zu, wenn eine "schwere und unmittelbare Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" in Frage steht, "die nicht anders abgewehrt werden kann". In Art. 3 ist das Verhältnismässigkeitsprinzip ausdrücklich umschrieben (Abs. 1 - 3): Die Eingriffe müssen geeignet sein, das entsprechende Ziel zu erreichen. Ferner dürfen die Eingriffe nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zwecks erforderlich ist, und sie dürfen nicht zu einem Nachteil führen, der in einem Missverhältnis steht zum verfolgten Zweck.

Die einzelnen polizeilichen Befugnisse finden sich in den Bestimmungen der Art. 28 ff.:

- Art. 28 Abs. 1 erteilt der Polizei die Befugnis, eine Person im Rahmen fahndungspolizeilicher Kontrollen zur Feststellung ihrer Personalien anzuhalten. Gemäss Abs. 2 kann die angehaltene Person zum Polizeiposten geführt werden, "wenn sie keine Angaben macht oder unrichtiger Angaben verdächtigt wird und ihre Identität nicht auf andere Weise" festgestellt werden kann.
- Desgleichen kann die Polizei im Rahmen fahndungspolizeilicher Kontrollen Personen verpflichten, "mitgeführte Behältnisse zu öffnen und den Inhalt vorzuzeigen" (Art. 30 Abs. 1). Abs. 2 gibt der Polizei das Recht, die erwähnten Behältnisse zu durchsuchen bei dringendem Verdacht, dass sich darin "Gegenstände befinden, die der Beschlagnahme unterliegen".
- Art. 31 zählt die Fälle auf, in denen angehaltene Personen durchsucht werden dürfen (Abs. 1 lit. a - d):
 - Dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens (lit. a)
 - Verdacht auf widerrechtliches Waffentragen (lit. b)
 - Bewusstlose bzw. hilflose Personen zur Feststellung der Personalien (lit. c)
 - Vorläufig festgenommene, verhaftete oder in polizeilichem Gewahrsam stehende Personen (lit. d)

Abs. 2 fordert, die Durchsuchung sei "so schonend wie möglich" durchzuführen.

- Gemäss Art. 40 kann eine Person vorübergehend in polizeilichen Gewahrsam genommen werden, "wenn sie sich oder andere wegen Geistesstörung, Betrunkenheit oder unter Drogeneinfluss ernsthaft und unmittelbar gefährdet" (Abs. 1). Ueber jeden Gewahrsam muss "unverzüglich der Gemeindeammann und wenn möglich ein Angehöriger" informiert werden (Abs. 2). Abs. 3 fordert im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips ausdrücklich, der polizeiliche Gewahrsam dürfe nicht länger als notwendig dauern, gibt jedoch keine zeitliche Richtlinie an. Erst aus Art. 42 geht hervor, dass für den polizeilichen Gewahrsam in der Regel eine Höchstfrist von 24 Stunden vorgesehen ist: Ist nämlich anzunehmen, dass der Gewahrsam länger als 24 Stunden dauern wird, hat der Gemeindeammann unverzüglich eine entsprechende schriftliche Verfügung zu erlassen (Abs. 2).
- Unter der Marginale "Rechtliches Gehör" bestimmt Art. 41, dass der in Gewahrsam genommenen Person die Gründe des Gewahrsams mitzuteilen sind, "sobald sie ansprechbar ist". Der letzte Teil der Bestimmung (Ansprechbarkeit) wird verständlich im Zusammenhang mit Art. 40, wo Geistesstörung, Betrunkenheit oder Drogeneinfluss als Gründe für das gestörte Verhalten, welches den Polizeigewahrsam rechtfertigt, aufgeführt sind.
- Art. 44 fordert im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips die Beschränkung von körperlichem Zwang auf Fälle, in denen es "unmittelbar geboten ist und weniger schwerwiegende Mittel sich nicht eignen". Der Schusswaffengebrauch als äusserstes Mittel der Gewaltanwendung ist in den Art. 45 f. geregelt. Gerade die Bestimmung des Art. 44 lässt recht grossen Spielraum für das eigene Ermessen des handelnden Polizeibeamten im konkreten Fall.

B) Die Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980

In der Polizeiverordnung sind unter dem Titel "Dienstvorschriften für Polizeikräfte" in den Art. 54 - 58 die folgenden Zwangsmittel aufgezählt:

- Gemäss Art. 54 ist die polizeiliche Zuführung möglich, wenn "eine gesetzliche Pflicht zum persönlichen Erscheinen besteht" (Abs. 1 lit. a) oder wenn "das persönliche Erscheinen zur Abklärung eines Sachverhalts unerlässlich ist und keine anderen geeigneten Mittel" zur Verfügung stehen

(Abs. 1 lit. b). Besteht keine Gefahr im Verzug, so ist die Zuführung gemäss Abs. 2 erst zulässig nach erfolgloser Aufforderung zum freiwilligen Erscheinen und erfolgloser Androhung der Zuführung unter Ansetzung einer angemessenen Frist.

- Unter der Marginale "Vorläufige Festnahme und Gewahrsam" lässt Art. 55 die vorläufige Festnahme zu unter folgenden Voraussetzungen:
 - flagrantes Delikt (lit. a)
 - dringender Tatverdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens neben Flucht- oder Kollusionsgefahr (lit. b)
 - flagrante Enttappung eines Uebertretungstäters, der bezüglich seiner Personalien nur ungenügende Angaben macht oder der trotz entsprechender Aufforderung von der Uebertretung nicht ablässt (lit. c)
- Im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen und Verhaftungen sieht Art. 58 vor, dass - sofern nicht Gefahr im Verzug besteht - verschlossene Räume erst dann gewaltsam geöffnet werden dürfen, wenn der "Inhaber erfolglos zur freiwilligen Oeffnung aufgefordert worden ist".

Auffallend ist, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen der einzelnen polizeilichen Befugnisse sowohl im Polizeigesetz als auch in der Polizeiverordnung sehr klar vorschreibt. Ueber die konkrete Ausgestaltung des Vollzugs dieser Befugnisse aber beschränkt er sich meist auf einen allgemeinen Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dem handelnden Polizeibeamten bzw. der handelnden Behörde bleibt aus diesem Grunde im Einzelfall relativ grosser Spielraum für eigenes Ermessen. Auch die zahlreichen Vorbehalte zugunsten der Gefahr im Verzug erhöhen die Möglichkeit, nach eigenem Ermessen zu handeln.

§ 27 Die vorläufige Festnahme im Kanton Graubünden (1)

Der Kanton Graubünden regelt die vorläufige Festnahme in Art. 72 und unterstellt Amtspersonen und Privatpersonen unterschiedlichen Voraussetzungen.

I Amtspersonen als Berechtigte

Art. 72 berechtigt die Untersuchungsrichter und weitere Amtspersonen, welche in Art. 71 genannt sind (2) zur vorläufigen Festnahme.

Die genannten Personen können "nötigenfalls die eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigen Personen vorläufig festnehmen, wenn ein Haftgrund im Sinne von Art. 83 Abs. 2 als gegeben erscheint".

Die nachstehenden Kantone stützen das Recht zur polizeilichen Festnahme ebenfalls auf das Vorliegen der allgemeinen Haftungsgründe: Zürich (§ 68 mit Hinweis auf § 49), Uri (Art. 111 mit Hinweis auf Art. 107), Obwalden (Art. 73 mit Hinweis auf Art. 61), Nidwalden (§ 52 mit Hinweis auf § 53), Solothurn (§ 41 mit Hinweis auf § 42), Appenzell A.Rh. (Art. 102 mit Hinweis auf Art. 98), Vorentwurf Appenzell I.Rh. (Art. 52 Abs. 2 mit Hinweis auf Art. 55), St. Gallen (Art. 95 mit Hinweis auf Art. 92).

Die Haftgründe gemäss Art. 83 Abs. 2 sind dringender Tatverdacht als allgemeiner Haftgrund neben den folgenden speziellen Haftgründen: Kollusionsgefahr (lit. a), Flucht oder Fluchtgefahr (lit. b), Fortsetzungsgefahr oder ernstliche Gefahr für Dritte (lit. c).

Zu beachten ist die Formulierung "nötigenfalls" des Art. 72 Abs. 1. Damit betont der Gesetzgeber ausdrücklich das Element der Notwendigkeit einer Festnahme. Gemäss Battaglia (3) ist in der Praxis dann von Notwendigkeit einer Festnahme auszugehen, wenn "ein konkreter Verdacht" besteht bezüglich eines Delikts und "eine anschliessende Untersuchungshaft in Erwägung gezogen" werden muss. Es fragt sich, ob die so definierte Notwendigkeit als eine qualifizierte Voraussetzung der vorläufigen Festnahme betrachtet

(1) Grundlage: Gesetz über die Strafrechtspflege (StPO) vom 8. Juni 1958

(2) Kantonspolizeibeamte, Kreispräsidenten, Gemeindepolizeiorane

(3) S. 101

werden muss. Gemäss den Grundsätzen der EMRK (Art. 5) soll eine vorläufige Festnahme in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips in jedem Fall erst als ultima ratio in Frage kommen, nämlich immer nur dann, wenn die konkrete Situation eine Festnahme unter Abwägung aller Umstände und in Frage stehenden Interessen als absolut notwendig erscheint. In diesem Sinne ist die erwähnte Bestimmung des Art. 72 Abs. 1 nicht als besonderes Erfordernis zu betrachten, sondern nur als ausdrückliche Formulierung eines allgemeinen Grundsatzes, der auch stillschweigend Gültigkeit beansprucht.

Art. 72 Abs. 1 spricht nur von Verbrechen und Vergehen, während Uebertretungen nicht erwähnt sind. In Art. 72 Abs. 2 findet sich eine spezielle Regelung bezüglich der Uebertretungstatbestände. Eine vorläufige Festnahme bei Uebertretungen soll nur unter den folgenden Bedingungen möglich sein:

- Ein auf frischer Tat ergriffener Täter ist unbekannt und weist sich nicht genügend aus über seine Personalien.
- Das Verhalten eines auf frischer Tat ergriffenen Täters weist auf unmittelbare Fortsetzungsgefahr hin.

Voraussetzung jeder Festnahme bei Uebertretungen ist auf jeden Fall die Ergreifung in Flagranz, Tatverdacht allein genügt nicht.

II Privatpersonen als Berechtigte

Privatpersonen haben das Recht, den Täter "bis zum Eintreffen der Polizei oder eines Untersuchungsorganes festzuhalten" (Art. 72 Abs. 3):

- bei Flagranz bzw. Quasiflagranz (lit. a)
- bei öffentlicher Aufforderung zur Festnahme (lit. b)

Auffallend ist die beinahe wörtliche Uebereinstimmung von Art. 72 Abs. 3 mit Art. 96 lit. a und b St. Gallen. Auch der Gesetzgeber des Kantons Graubünden spricht nur vom Recht, den Täter bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten, nicht aber vom Recht, den Täter selbst festzunehmen. Wie im Kanton St. Gallen ist auch hier das Festhaltungsrecht der Privatpersonen nur gegeben bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens, bei Vorliegen von Uebertretungen entfällt diese Befugnis.

§ 28 Die vorläufige Festnahme im Kanton Aargau (1)

Die vorläufige Festnahme findet sich in § 72, wo eine Berechtigung für "jedermann" vorgesehen ist.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

§ 72 Abs. 1 unterscheidet drei Fälle, in denen eine vorläufige Festnahme gerechtfertigt ist:

- Eine Person wird "bei Ausführung oder beim Versuch eines Verbrechens oder Vergehens auf frischer Tat betroffen oder unmittelbar nach der Tat als Täter bezeichnet" (Ziff. 1)
- Der Tatverdächtige wird "nach der Tat mit Instrumenten ... oder andern auf seine Teilnahme an der Begehung der Tat hindeutenden Gegenständen betroffen" (Ziff. 2)(2)
- Der Tatverdächtige ist "auf der Flucht begriffen" (Ziff. 3)

Damit sieht der Gesetzgeber sowohl die einfache Flagranz als auch die Quasiflagranz vor und gibt eine exakte Definition der Begriffe, wie sie in den Kantonen Genf und Tessin (3) zu finden sind.

In den Fällen von Ziff. 2 und Ziff. 3 bildet ausdrücklich der blosser Tatverdacht genügende Grundlage, um eine Person als Täter hinreichend zu bezeichnen und sie demzufolge näher bestimmen zu können. Meyer (4) sieht in diesen zwei Bestimmungen eine abschliessende Aufzählung derjenigen Fälle, in denen der blosser Tatverdacht als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme genügt. Für Meyer ist die verschärfte Formulierung der Ziffer 3

-
- (1) Grundlage: Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 11. November 1958 (mit den späteren Aenderungen)
 - (2) "Nach der Tat" muss gemäss Brühlmeier, Komm. zu § 72 Ziff. 2, auch hier "unmittelbar nach der Tat" bedeuten wie in Ziff. 1, obwohl hier der Handlungszusammenhang wichtig ist, und das rein zeitliche Moment etwas in den Hintergrund tritt (vgl. Ausführungen zum Kanton Zürich, S.34 f.)
 - (3) vgl. hinten S. 138 bzw. 146
 - (4) Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, S. 153 ff.

"dringend Verdächtiger" ohne Bedeutung. Auch hier soll nach seiner Auffassung einfacher Verdacht genügen, sodass jede weitere Qualifizierung eine für den Festnehmenden untragbare Erschwerung darstelle. Die Wendung "dringend verdächtig" solle nur besagen, dass der Tatverdacht sich nicht allein auf die Tatsache der Flucht stützen dürfe (Ziff. 3), sondern daneben noch andere Faktoren, die den Verdacht erhärten, mitspielen müssten. Zur Ansicht Meyers ist zu bemerken, dass es gerade diese zusätzlichen Elemente sind, die den bloss einfachen Tatverdacht zum dringenden Tatverdacht werden lassen. Sobald mehrere Verdachtselemente zusammenkommen, spitzt sich der primär einfache Verdacht zwangsläufig zum dringenden Verdacht zu.

Das Element der Flucht des § 72 Abs. 1 Ziff. 3 liegt ähnlich wie die Voraussetzung des § 40 Abs. 1 Solothurn. Im Unterschied dazu spricht der Gesetzgeber aber hier von einer Person, die der strafbaren Handlung "dringend verdächtig" ist, während der Kanton Solothurn von einer Person ausgeht, "die nach einer solchen Tat" flieht. Diese unterschiedlichen Formulierungen weisen uns in den Bereich der Abgrenzung zwischen Quasiflagrant und dringendem Tatverdacht (5). § 40 Abs. 1 Solothurn geht aus von einer Person, die das Delikt tatsächlich verübt hat, während der Kanton Aargau von einer Person spricht, die der Tatbegehung nur dringend verdächtig ist.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

§ 72 Abs. 1 spricht von "Ausführung oder Versuch eines Verbrechens oder Vergehens". Das Vorliegen einer Uebertretung als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme wird dagegen nicht erwähnt. Dieses Stillschweigen muss wohl als Ablehnung der vorläufigen Festnahme von Uebertretungstätern gewertet werden. Dies ergibt sich schon aus Brühlmeiers Werk (6), wo der Autor betont, dass die Einleitung einer Verfolgungsjagd zum Zweck der Festnahme eines Verkehrsteilnehmers, welcher sich falsch verhalten habe, "die Grenze des Zulässigen übersteige". Brühlmeier erachtet hier die Festnahme als unzulässig, da dem "Verfolger" andere Mittel wie Ablesen der Nummer des Kontrollschildes, Anzeige an die Polizei etc. zur Verfügung stünden.

(5) vgl. vorne S. 24

(6) Kommentar zu § 72 Ziff. 1 unter Hinweis auf ein Urteil der zweiten Strafkammer vom 11. September 1964

Damit betont er den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der die vorläufige Festnahme ganz allgemein bei Bagatelldelikten und in all jenen Fällen, in denen weniger einschneidende Massnahmen möglich sind, grundsätzlich ausschliesst.

III Der Spezialfall des § 72 Abs. 2

Gemäss § 72 Abs. 2 haftet der Staat für den Schaden, "den Privatpersonen durch die Mithilfe bei der Verfolgung oder Verhaftung des Verdächtigen erleiden".

Das Verantwortlichkeitsgesetz (7) sieht eine Haftung des Staates nur vor, wenn staatliche Organe widerrechtlich und schuldhaft handeln. Für Fälle, in denen zwar ein Schaden entstanden ist, in denen aber ein mit dem Schaden in Zusammenhang stehendes widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten staatlicher Organe nicht nachweisbar ist, besteht keine generelle verfassungsmässige und gesetzliche Norm, die eine Staatshaftung vorsieht.

§ 72 Abs. 2 fordert für den erwähnten konkreten Fall dennoch eine Haftung des Staates, was aus Billigkeitsgründen durchaus vernünftig ist (8).

IV Neuere Bestrebungen

Im Kanton Aargau entstand auf politischer Ebene eine Diskussion im Bereich der verfassungsmässigen Freiheitsrechte der Bürger und deren Beachtung durch die Polizei in der Praxis vor dem Hintergrund der Bestimmungen der Strafprozessordnung.

In einer Interpellation vom 4. September 1984 fordert Markus Meyer, Aarau, den Regierungsrat auf, Stellung zu nehmen zu folgenden Fragen (9):

(7) Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 21. Dezember 1939

(8) vgl. Ausführungen Brühlmeiers zu § 72 Abs. 2 und zu § 140 StPO (allgemeine Ausführungen)

(9) vgl. dazu auch F. Clerk in ZStrR 101 (1984) 415 f.

- "1. Ist es der Regierung bekannt, dass die Kantonspolizei das verfassungsmässig garantierte Recht der Bürger auf persönliche Freiheit regelmässig missachtet und verletzt ?
2. Pfllegt der Regierungsrat in den Fällen ungesetzlichen oder unbegründeten Freiheitsentzuges verfassungsgemäss Schadenersatz und Genugtuung zu leisten ? In wievielen Fällen und in welchem Umfange hat er dies seit Inkrafttreten der Kantonsverfassung tun müssen ?
3. Was gedenkt der Regierungsrat zu tun, um zu bewirken, dass die Polizei die verfassungsmässigen Rechte der Bürger respektiert ? Ist er insbesondere bereit, künftig fehlbare Beamte konsequent dem Strafrichter zu überantworten ?"

Anlass für diese Interpellation Meyers waren gemäss seinen Angaben Klagen aus der Bevölkerung über das Vorgehen der Polizei: Die Kantonspolizei Aargau nehme "regelmässig Bürger fest" und behalte sie in Gewahrsam, ohne dass ein Haftbefehl vorliege und ohne dass die Voraussetzungen für eine vorläufige Festnahme gegeben seien. Desgleichen würden auch Hausdurchsuchungen vorgenommen ohne entsprechende Ermächtigung, indem man von den betroffenen Hausbewohnern "freiwillige" Zustimmungserklärungen abringe; dies alles aber halte vor dem zwingenden Recht der Strafprozessordnung nicht stand.

In seiner Beantwortung der Interpellation (10) stützte sich der Regierungsrat auf die geltende Kantonsverfassung vom 25. Juni 1980 (§ 15 und § 23), auf die Staatsverfassung von 1885 und auf die Strafprozessordnung vom 11. November 1958 als Grundlagen.

Beantwortung der Frage 1 (11)

Der Regierungsrat stellt fest, dass die "jahrzehntealte Praxis der Untersuchungsbehörden und der Kantonspolizei hinsichtlich der Anwendung prozessualer Vorschriften im Bereiche der vorläufigen Festnahme und der polizeilichen Anhaltung im Rahmen des Gesetzes gehandhabt" werde. Auch von

(10) schriftlich 10. Dezember 1984; mündlich 6. Januar 1985

(11) S. 4 und 5, Teil 2; S. 7 und 8, Teil 1

Seiten der Gerichte und insbesondere des Obergerichts lägen diesbezüglich keine Beanstandungen vor. Von Verletzung der persönlichen Freiheit könne nicht gesprochen werden. Der Untersuchungsbeamte benötige zum Entscheid über die Frage, ob ein Haftbefehl auszustellen sei oder eine Person in Freiheit belassen werden solle, ein "gewisses Minimum an Entscheidungsgrundlagen", welche die Polizei zu beschaffen habe. Dass diese dafür eine angemessene Zeit benötige, leuchte jedermann ein. Nach Auffassung des Regierungsrates verletze die Kantonspolizei "im Rahmen ihrer gerichtspolizeilichen Obliegenheiten das garantierte Recht der Bürger auf persönliche Freiheit nicht. Festnahmen und eine allenfalls aufgrund der ersten Vernehmung notwendig gewordenen Zurückbehaltung eines Verdächtigen oder Beschuldigten während einiger Zeit" erfolge nicht ohne Orientierung der zuständigen Untersuchungsorgane. Die Kantonspolizei orientiere "das zuständige Bezirksamt so rasch als möglich, das heisst, sobald die ersten als Entscheidungsgrundlagen dienlichen Ermittlungen durchgeführt" worden seien. Der exakte Zeitpunkt der Orientierung hänge aber nicht nur von Art und Umfang der Straftat ab, sondern variere auch unter den einzelnen Bezirksamtern.

Polizeiliche Hausdurchsuchungen würden nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen durchgeführt. Diese Einwilligung des Betroffenen mache die Hausdurchsuchung zu einer rechtmässigen Handlung. Ueberdies werde in der Mehrzahl der Fälle trotz Vorliegens der erwähnten Einwilligung des Betroffenen beim zuständigen Untersuchungsbeamten ein Hausdurchsuchungsbefehl erwirkt. Die Behauptung des Interpellanten, wonach den Hausbewohnern regelmässig Zustimmungserklärungen abgerungen würden, entbehre jeder sachlichen Grundlage und müsse als völlig unbegründet zurückgewiesen werden. Dem Regierungsrat sei nicht ein einziger Fall namhaft gemacht worden, welcher eine diesbezügliche Abklärung oder Ueberprüfung ermöglicht hätte.

Beantwortung der Frage 2

Der Regierungsrat führte in Beantwortung der Frage 2 aus, er lege Wert darauf, dass die Oeffentlichkeit zur Kenntnis nehme, dass er zum Polizeikorps stehe, das "Pflichtbewusstsein und die Disponibilität der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten" anerkenne und schätze, und dass der Bürger in diesem Kanton wisse, dass das "zahlenmässig relativ kleine, aber gut

ausgerüstete Polizeikorps, das im Vergleich zu anderen Polizeiorganisationen nach Auffassung einer kürzlich durchgeführten externen Untersuchung effizient" dastehe, das Vertrauen des Bürgers verdiene. Dieses Vertrauen, das bisher weitgehend die Zusammenarbeit zwischen Bevölkerung und Polizei geprägt habe und auch in Zukunft prägen müsse, sei eine der "wichtigsten Voraussetzungen für erfolgreiche Fahndung und Verbrechensbekämpfung im Interesse der gesamten Bürgerschaft". Der Aargauer dürfe wissen, dass er sich auf seine Polizei und seine Justiz verlassen könne (12).

Ferner wies der Regierungsrat den Verdacht zurück, wonach die Polizei nicht richtig instruiert werde. Aufgrund der Manuskripte der Polizeischulen sei ersichtlich, dass auch die theoretische Ausbildung durchaus den geltenden Vorschriften entspreche.

Grundsätze jeden polizeilichen Handelns seien Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit, denen in der Praxis durchaus nachgelebt werde. Gemäss § 73 StPO Aargau sind die Polizeibeamten verpflichtet, den Festgenommenen, sofern sich der Verdacht nicht sofort als unzutreffend erweist, unverzüglich einer zum Erlass eines Haftbefehls berechtigten Behörde zuzuführen, welche dann den Zugeführten innert 24 Stunden einzuvernehmen und über Freilassung oder Ausstellung eines Haftbefehls zu entscheiden hat (13). Die Polizeibeamten würden sowohl in ihrer Ausbildung und auch später "laufend neu instruiert, dass eine vorläufig festgenommene Person nicht ohne weiteres während der von der StPO vorgesehenen Höchstdauer von 24 Stunden (§ 73) zurückbehalten" werden dürfe, sondern so rasch wie möglich dem zuständigen Untersuchungsrichter zugeführt werden müsse. Dies nun bedeute aber nicht, dass die Polizei verpflichtet sei, die festgenommene Person sofort nach deren Festnahme vor den Untersuchungsrichter zu führen. Die 24 Stunden seien lediglich als oberste Grenze anzusehen, und den Polizeibeamten sei vom Gesetzgeber Zeit eingeräumt worden, bis zur Ueberführung an den Untersuchungsrichter die notwendigen Grundlagen für dessen Entscheid zusammenzutragen. Die Kantonspolizei halte diese Bestimmung konsequent ein. Nur in seltenen Fällen werde eine Person erst kurz vor Ablauf der 24 Stunden weitergeleitet, die Zuführung erfolge normalerweise "sehr rasch nach der Einver-

(12) S. 6, Teil 2

(13) vgl. vorne S. 71

nahme". (14)

Gesetzlich nicht umschriebene Massnahmen (15)

Neben den gesetzlich umschriebenen Zwangsmassnahmen würde eine Reihe weiterer im Gesetz nicht umschriebener Massnahmen existieren, denen sich die Polizei bedienen könne: Die Personenkontrolle, das polizeiliche Befragungsrecht, die Effektenkontrolle und das polizeiliche Anhaltungsrecht.

Die Polizei würde ihre Aufgabe nicht erfüllen können, wenn es jedermann freistünde, "selbst zu bestimmen, ob und wo er der Polizei Auskunft zu geben bereit" sei. Das Recht der Polizei, Personen anzuhalten und einzuvernehmen, sei ein derart selbstverständliches Recht, dass der Gesetzgeber es nicht als notwendig erachtet habe, die polizeiliche Anhaltung ausdrücklich zu erwähnen und zu umschreiben. Selbst in Gerichtsentscheiden sei eine Definition der polizeilichen Anhaltung nicht zu finden. Aus Entscheiden des aargauischen Obergerichts ergebe sich, dass selbst dieses die "Kontrolle Verdächtiger und deren Beorderung auf den Polizeiposten als rechtmässige Handlungen" erachte und "Behinderungen von Polizeibeamten bei derartigen Handlungen im Sinne von Art. 286 StGB" bestrafe (16).

Die Polizei sei sich ihrer grossen Verantwortung bewusst. Wenn die Polizei, wie der Interpellant behaupte, regelmässig das verfassungsmässig garantierte Recht der Bürger auf persönliche Freiheit missachten würde, müsste dies beim "hochentwickelten Gerechtigkeitssinn" der Bevölkerung zu Beschwerden durch die betroffenen Personen führen, was aber tatsächlich nicht der Fall sei.

(14) S. 4-7, Teil 1

(15) S. 7, 9, 10, Teil 1

(16) Gemäss Ausf. des Regierungsrates (S. 10, Teil 1) gehe die Praxis der Kapo dahin, dass eine poliz. Anhaltung nicht länger als 2-3 Stunden dauere. Im Moment, in welchem die angehaltene Person in eine Zelle verbracht werden müsse, weil z.B. weitere Ermittlungen zu tätigen seien oder weil Essenszeit sei, werde aus der Anhaltung eine vorl. Festnahme oder im Einvernehmen mit dem Untersuchungsbeamten eine Verhaftung.

Diese Ansicht steht im Einklang mit Brühlmeier (Komm. zu § 72 Abs. 1 StPO), welcher ausführt: Von einer Festnahme könne noch nicht gesprochen werden, wenn eine Person aufgefordert werde, auf dem Polizeiposten zu erscheinen, um ein Alibi abzuklären. Eine Festnahme liege erst dann vor, wenn die Person "wie ein Verhafteter in Gewahrsam (Zelle) genommen" werde.

In Beantwortung der Frage 3

betonte der Regierungsrat unter anderem, dass "irgendeine Entschädigung wegen ungesetzlicher Verhaftung nie verlangt und daher auch nie bezahlt" worden sei (17).

Im Sinne von Ueberlegungen de lege ferenda (18) führte der Regierungsrat abschliessend aus, es bestehe leider kein richterlicher Entscheid über die von der Polizei gehandhabte Praxis bezüglich Anhaltung, Festnahme und Verhaftung. Dem Gesetzgeber des Jahres 1958 sei es im Bereich der polizeilichen Zwangsmassnahmen vor allem darum gegangen, "die langen Haftdauern zu beschränken und nicht darum, die Verhaftungskompetenzen grundsätzlich einzuschränken". Eine wörtliche "Buchstabeninterpretation" würde die polizeiliche Tätigkeit nicht nur erheblich einengen, sondern geradezu verunmöglichen. Eine andere als die bisherige Auslegung könne daher nicht in Frage kommen. Gemäss Regierungsrat müsste, falls etwas zu ändern wäre, nicht die Praxis geändert werden, sondern die strafprozessualen Vorschriften.

Stellungnahme von Prof. Dr. Robert Hauser in einem Gutachten vom
25. April 1985

a) Einleitung

Es ist zu prüfen, wie weit die heutige polizeiliche Tätigkeit durch das geltende aargauische Recht gedeckt ist. Ginge man einzig vom Wortlaut der StPO aus, wäre gemäss Gutachten "ein gewisses Defizit nicht zu leugnen". Dies würde jedoch einer eher "formalistischen Betrachtungsweise" entsprechen, da sich auch auf dem Wege der Auslegung Erkenntnisse und Pflichten des Bürgers herleiten lassen, die nicht ausdrücklich im Gesetzeswortlaut enthalten sind (19).

(17) S. 7, Teil 2

(18) S. 7 und 8, Teil 2

(19) S. 13 f. des Gutachtens. Das Gutachten ist in stark überarbeiteter und ergänzter Form erschienen in Kriminalistik 1986, 207 ff.

b) Forderung nach unverzüglicher Weiterleitung des Festgenommenen zum Verhör (20)

Der Gutachter hält die vom Regierungsrat in seiner Interpellationsantwort dargestellte Auslegung (21) für durchaus vertretbar. Diese Auslegung sei mit dem Sinn der Bestimmung vereinbar und werde durch die Rechtsvergleichung gedeckt. Aufgabe der Polizei sei es, durch Vorabklärungen Grundlagen für den Haftentscheid zu liefern. Für diese Vorabklärungen würden ein bis drei Stunden in den wenigsten Fällen ausreichen. Hauser verweist auf die Regelungen der einzelnen Kantone, die durchwegs 24 oder mehr Stunden als Höchstfrist bis zur Weiterleitung zum Verhör vorsehen (22). Im Kanton Aargau sei allerdings § 23 Abs. 2 der Kantonsverfassung zu beachten, wonach der Betroffene Anspruch hat, binnen 24 Stunden vom Richter oder einem gesetzlich besonders ermächtigten Beamten verhört zu werden.

c) Gesetzlich nicht umschriebene Massnahmen (23)

Die polizeiliche Anhaltung und das Verbringen auf den Polizeiposten sind im aargauischen Recht nicht ausdrücklich erwähnt. Die entsprechenden polizeilichen Handlungen sind aber gemäss Gutachten deshalb nicht rechtswidrig. Hauser ist der Ansicht, dass man die Anhaltung nicht schon allein deshalb als unzulässig bezeichnen dürfe, weil die StPO sie nicht ausdrücklich erwähnt. Das Problem sei dem Gesetzgeber wohl bekannt gewesen, er habe es jedoch - möglicherweise wegen des relativ geringen Eingriffs - nicht für regelungsbedürftig gehalten (24).

Hauser verweist auf die allgemeine Umschreibung der kriminalpolizeilichen Pflichten in § 1 Abs. 1 StPO und § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Kantonspolizei vom 8. März 1955, welche als gesetzliche Grundlage herangezogen werden können. Er zitiert Noll (25), welcher ausführt, die Anhaltung und die Verbringung auf den Polizeiposten zur Abklärung bestimmter Dinge seien auch in denjenigen Kantonen zulässig, die diese Massnahmen nicht ausdrücklich erwähnen.

(20) Gutachten S. 15

(21) vgl. vorne S. 129 f.

(22) vgl. vorne S. 70-75

(23) Gutachten S. 14

(24) So könne Brühlmeier N2 zu § 72 Aargau verstanden werden.

(25) Strafprozessrecht, S. 78

Kurzfristige Freiheitsbeschränkungen seien auch aus der Sicht der persönlichen Freiheit durchaus tolerierbar (26). Die Anhaltung müsse aber auf jeden Fall im öffentlichen Interesse liegen sowie polizeilich geboten und verhältnismässig sein.

Zusammenfassend hält Hauser fest (27), die Anhaltung eines Bürgers und dessen Verbringung "in die Räume der Polizei" seien eine "relativ geringfügige Beschränkung der persönlichen Freiheit" und somit rechtlich zulässig. Voraussetzung sei allerdings, dass diese Massnahmen "polizeilich notwendig und kurzfristig" seien, das heisst lediglich wenige Stunden dauern und nur in einer Zurückbehaltung in den Räumlichkeiten der Polizei bestehen dürfe.

d) Hausdurchsuchung (28)

Kann sich der Bürger freiwillig einer Hausdurchsuchung unterziehen, wodurch dann der Hausdurchsuchungsbefehl entfällt? - Ein Verzicht auf die Ausübung von Freiheitsrechten (hier: das Hausrecht) ist gemäss Gutachten "grundsätzlich möglich". Hauser verweist auf die Kantonsverfassung des Kantons Zürich, wo gemäss Art. 8 Abs. 2 für Hausdurchsuchungen entweder "die Einwilligung des Wohnungsinhabers oder eine Ermächtigung durch einen zuständigen Beamten" vorliegen muss (29). Anderer Ansicht ist Meyer, der ausser in Fällen von Dringlichkeit einen Hausdurchsuchungsbefehl auch bei Einwilligung des Betroffenen als notwendig erachtet. Will man auf die Einwilligung des betreffenden Bürgers abstellen, muss sie auf jeden Fall aus freien Stücken abgegeben werden. Jeglicher Druck von dritter Seite würde deren Unwirksamkeit nach sich ziehen (30).

e) Zusammenfassung (31)

Die gegenwärtige Praxis der aargauischen Kantonspolizei ist gemäss Gutachten durch die StPO und das Gesetz über die Organisation der Kantonspolizei gedeckt, besonders, "wenn man sich auf eine - zulässige - extensive

(26) Unter Hinweis auf BGE 107 Ia 140 Erw.3 und 109 Ia 146 ff.

(27) Gutachten S. 19

(28) Gutachten S. 27 f.

(29) so auch die KV Zug, Schaffhausen, Appenzell A.Rh.

(30) Gutachten S. 28

(31) Gutachten S. 30

Auslegung stützt".

De lege ferenda wäre eine Revision der erwähnten Gesetze empfehlenswert, da die Rechtsgrundlagen den seit deren Einführung im Jahre 1955 beziehungsweise 1958 eingetretenen Rechtsentwicklungen nur noch knapp genügen. Insbesondere sei in einer künftigen Formulierung die Dauer von 24 Stunden als maximale Frist, innert der das Verhör mit dem Festgenommenen stattfinden müsse, ausdrücklich zu betonen. Ferner sei der polizeilichen Anhaltung besonderes Augenmerk zu schenken, die bei einer Revision gesetzlich geregelt werden sollte.

§ 29 Die vorläufige Festnahme im Kanton Thurgau (1)

In der Strafprozessordnung des Kantons Thurgau finden sich die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme in den §§ 119 (Polizei) und 120 (Privatpersonen).

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Befugnis der Polizei gemäss § 119 StPO

§ 119 Abs. 1 erlaubt bei Vorliegen von Gefahr im Verzug die polizeiliche Festnahme von Personen, "gegen die ein Haftgrund in Frage kommt". Damit verweist der Gesetzgeber auf die Voraussetzungen des § 115 Abs. 1, wo die allgemeinen Haftgründe aufgezählt sind: Fluchtgefahr (Ziff. 1), Kollusionsgefahr (Ziff. 2), Fortsetzungsgefahr bzw. Gefährdung Dritter (Ziff. 3), Ungehorsam gegenüber den Anordnungen des Untersuchungsrichters (Ziff. 4), Sicherung des Vollzugs eines rechtskräftigen Urteils (Ziff. 5).

Einen Verweis auf die allgemeinen Haftvoraussetzungen findet sich auch in verschiedenen andern Kantonen, wobei die einzelnen Haftgründe in den Kantonen zum Teil unterschiedlich sind (2).

§ 119 Abs. 2 macht einen Vorbehalt zugunsten von § 39 Abs. 3 des Gemeindeorganisationsgesetzes (3), wonach der Gemeinderat berechtigt ist, Personen, "welche die öffentliche Sicherheit bedrohen, bis auf 24 Stunden in Sicherheitsverhaft nehmen zu lassen". Der Gesetzgeber schweigt sich jedoch aus bezüglich der genauen Voraussetzungen einer derartigen Festnahme.

Mangels ausdrücklicher Regelung in § 119 und aufgrund des Verweises auf die allgemeinen Haftgründe sind auch für die Frage der Art des Delikts, bei dessen Vorliegen eine vorläufige Festnahme zulässig sein soll, die Bestimmungen über die Verhaftung heranzuziehen.

(1) Grundlage: Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 30. Juni 1970

(2) vgl. Ausführungen zum Kanton Graubünden und dortige Verweise

(3) Gesetz über die Organisation der Gemeinden vom 4. April 1944

Während § 115, wo die Haftgründe aufgezählt sind, nichts über die Art des Delikts aussagt, findet sich in § 114 Abs. 2 eine spezielle Bestimmung: Eine Verhaftung bei Uebertretungen soll nur "ausnahmsweise und kurzfristig" erlaubt sein. Daraus ergibt sich, dass eine Verhaftung - und aufgrund des Verweises in § 119 auch eine vorläufige Festnahme - bei Vorliegen von Verbrechen, Vergehen und unter Beachtung der Einschränkung des § 114 Abs. 2 auch bei Uebertretungen zulässig ist. Die gleiche Regelung bezüglich der Festnahme bei Uebertretungen findet sich in St. Gallen (Art. 92 Abs. 2), wobei sich der Gesetzgeber hier wie dort nicht näher zum Inhalt des Begriffs "ausnahmsweise" äussert.

B) Privatpersonen als Berechtigte gemäss § 120 StPO

§ 120 erteilt unter der Marginale "durch Privatpersonen" eine Berechtigung für "jedermann", "den Täter bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten" unter den Voraussetzungen von Flagrantz und Quasiflagrantz oder im Falle einer öffentlichen Aufforderung zur Festnahme.

Diesbezüglich weisen die Kantone St. Gallen (Art. 96 Abs. 1 Ziff. 1 und 2) und Graubünden (Art. 72 Abs. 3) beinahe wörtlich die gleiche Regelung auf. In allen drei Kantonen ist nur das Recht zur Festhaltung, nicht aber das Recht zur Festnahme vorgesehen. Während St. Gallen und Graubünden dabei ausdrücklich nur vom vollendeten Delikt ausgehen, lässt der Gesetzgeber des Kantons Thurgau neben dem vollendeten Delikt auch bereits den Versuch eines Delikts als Voraussetzung der Festhaltung genügen. Eine solche selbstverständliche Lösung findet sich ausdrücklich auch im Kanton Aargau (§ 72 Abs. 1 Ziff. 1), wobei dort aber das Recht zur Festnahme vorgesehen ist.

Als Spezialfall sieht der Gesetzgeber des Kantons Thurgau in § 120 Abs. 2 die Pflicht zur Hilfeleistung durch Privatpersonen an die Polizei ausdrücklich vor "bei Festnahme und Verhaftung" (4), wobei gemäss Abs. 3 der Staat für den Schaden haftet, den die Privatpersonen aus derartiger Hilfe erleiden.

Gemäss § 120 Abs. 1 ist die Festhaltung durch Privatpersonen ausdrücklich nur erlaubt bei Vorliegen von Verbrechen und Vergehen.

(4) so auch Art. 73 Abs. 2 Bern und § 53 Abs. 1 Luzern

II Das Polizeigesetz vom 16. Juni 1980

Unter dem Titel "Befugnisse der Polizei" finden sich im Polizeigesetz in den §§ 15 ff. Bestimmungen über Personen- und Sachenkontrolle (§ 15 und 16) und polizeilichen Gewahrsam sowie dessen Vollzug (§ 17 und 18).

§ 19 sieht die Anwendung von Zwangsmitteln vor, denen sich die Polizei gegenüber sich widersetzen Personen bedienen kann, "sofern weniger schwerwiegende Massnahmen ungeeignet sind". Als äusserstes Zwangsmittel ist in § 20 die Waffengewalt vorgesehen, wobei hier jedoch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausdrücklich betont wird, indem es heisst, jeder Waffengebrauch müsse "den Umständen angemessen sein" und dürfe "nicht weitergehen als erforderlich".

A) Die Personen- und Sachenkontrolle gemäss § 15 und § 16

Gemäss § 15 Abs. 1 des Polizeigesetzes kann die Polizei eine Person "anhalten, um ihre Personalien festzustellen". Die Polizei hat die Personalien gleich an Ort und Stelle, d.h. auf der Strasse festzustellen. Eine Person darf nur in Ausnahmefällen auf den Polizeiposten geführt werden (§ 15 Abs. 2):

- wenn die Feststellung der Personalien an Ort und Stelle nicht möglich ist
- wenn Verdacht besteht, die Angaben seien unrichtig

§ 16 erlaubt der Polizei "im Rahmen fahndungspolizeilicher Massnahmen", angehaltene Personen zu verpflichten, "mitgeführte Sachen vorzuzeigen oder Behältnisse zu öffnen". Zu denken ist hier insbesondere an Grosskontrollen im Zusammenhang mit der Fahndung nach bestimmten Tätern oder Tatverdächtigen, welche nach Verübung eines Delikts geflüchtet sind.

B) Der Polizeiliche Gewahrsam gemäss § 17 f.

Die Voraussetzungen des polizeilichen Gewahrsams sind gemäss § 17 Abs. 1 die folgenden (wobei das Bezirksamt unverzüglich von der Anordnung des Gewahrsams zu orientieren ist, Abs. 2):

- schwerwiegende und unmittelbare Störung der öffentlichen Ordnung

- Gefährdung der eigenen Person oder ernsthafte Gefährdung anderer Personen
- keine andere Möglichkeit der Beseitigung der genannten Störung oder Gefährdung

Der Gesetzgeber gibt keine Definition der "schwerwiegenden" Störung. Das störende Verhalten des Betreffenden ist wohl dann als schwerwiegend zu qualifizieren, wenn dadurch eine Vielzahl von Menschen beeinträchtigt wird. Die Voraussetzung dürfte aber schon dann erfüllt sein, wenn nur ein paar wenige Menschen in sehr schwerem Masse betroffen sind.

Die Polizei ist befugt, die betreffende Person vorübergehend in Gewahrsam zu nehmen. Der Gesetzgeber gibt auch hier nur eine ungenaue Umschreibung des Begriffs. In § 18 heisst es, der polizeiliche Gewahrsam dürfe "nicht länger als notwendig" dauern (Abs. 1), womit ausdrücklich wieder das Verhältnismässigkeitsprinzip angesprochen wird. Als Höchstdauer des polizeilichen Gewahrsams sieht Abs. 2 24 Stunden vor, eine Frist, welche nur in Ausnahmefällen überschritten werden darf, in denen dann eine schriftliche Verfügung des Bezirksamtes notwendig wird.

Mit 24 Stunden als maximaler Frist steht diese Bestimmung in Einklang mit § 121 StPO, welcher im Bereich der Verhaftung (5) vorsieht, dass der Verhaftete "spätestens am Tag nach der Zuführung einzuvernehmen" ist, womit ebenfalls die 24 Stunden-Frist als Höchstdauer angestrebt wird.

Ganz allgemein betonen die Bestimmungen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, lassen aber in der Praxis relativ grossen Spielraum für das Ermessen des handelnden Polizeibeamten.

(5) dasselbe muss auch für die vorläufige Festnahme gelten

§ 30 Die vorläufige Festnahme im Kanton Tessin (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Tessin regelt die vorläufige Festnahme in den Art. 49 ff. und sieht eine Berechtigung für jedermann vor.

Gemäss Art. 49 darf eine Person, die in Flagranz oder Quasiflagranz ertappt wird, von jedermann ("da chiunque") festgenommen werden. In Art. 50 liefert der Gesetzgeber auch gleich die Definition der Begriffe Flagranz und Quasiflagranz: Demnach wird derjenige in Flagranz ertappt, "... che è sorpreso sul fatto, o viene inseguito dall'offeso o dalle grida del popolo come autore del delitto".

Auffallend ist das den Kantonen Tessin und Genf gemeinsame ausdrückliche Merkmal des "öffentlichen Geschreis" (grida del popolo; clamens publique gemäss Art. 121 Abs. 2 Genf), das auf das Element des "Gerüfte" hinweist.

Art. 50 zählt die Fälle der Quasiflagranz auf: "... in tempo e luogo vicino al delitto, è trovato avere presso di sè effetti, stromenti, carte ed altri oggetti o segnali valevoli a farlo ragionevolmente presumere autore del delitto" (2).

(1) Grundlage: Codice di procedura penale del 10 luglio 1941; Ausgabe August 1982

(2) vgl. auch Ausführungen zu den Kantonen Waadt und Genf, die ebenfalls die Begriffe Flagranz und Quasiflagranz definieren

§ 31 Die vorläufige Festnahme im Kanton Waadt (1)

Die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme finden sich in den Artikeln 56 ff. unter dem Titel "arrestation et détention préventive".

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

Gemäss Art. 56 ist die "arrestation" zulässig, wenn eine Person auf frischer Tat ("en flagrant délit") ertappt wird, oder wenn die Bedingungen des Art. 59 erfüllt sind. Art. 59 zählt die Haftvoraussetzungen auf, welche neben dem allgemeinen Haftgrund des Tatverdachts vorliegen müssen:

- danger pour la sécurité ou l'ordre publics (Ziff. 1)
- fuite est à craindre (Ziff. 2)
- liberté offre des inconvénients sérieux pour l'instruction (Ziff. 3)

Art. 58 Abs. 1 führt aus, dass im Falle des flagranten Delikts eine Verhaftung vorgenommen werden dürfe, "sans qu'il soit besoin d'aucun mandat", womit auf die vorläufige Festnahme verwiesen wird. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber eine vorläufige Festnahme bei Flagranz zulassen will.

In Art. 57 findet sich eine Definition der Flagranz, wobei der Gesetzgeber gemäss Art. 57 Abs. 2 ausdrücklich auch die Fälle der Quasiflagranz genügen lässt: "... venant de commettre une infraction (2), il prend la fuite ... porte encore des traces de son acte ou détient encore des objets provenant de l'infraction ou ayant servi à la perpétrer".

Der Hinweis in Art. 60, wonach ohne Dringlichkeit ("sauf urgence") die Verhaftung nur aufgrund eines Haftbefehls ausgeführt werden darf, ist lediglich Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes jeder vorläufigen Festnahme, der auch stillschweigend Gültigkeit beansprucht.

Art. 58 Abs. 2 sieht mit der Formulierung "chacun a le droit" für Polizeibeamte und Privatpersonen die gleichen Bedingungen vor, unter denen sie eine vorläufige Festnahme vornehmen dürfen. Zu beachten ist, dass der

(1) Grundlage: Code de procédure pénale du 12 septembre 1967; Ausgabe 1981

(2) nicht wörtlich mit "Uebertretung" zu übersetzen, vgl. dazu auch Ausführungen zum Kanton Genf, S. 146

Gesetzgeber eine vorläufige Festnahme nur in den Fällen zulassen will, in denen der Täter ohne Zweifel feststeht, bei Vorliegen von blossem Tatverdacht dagegen ausschliesst.

II Das kantonale Polizeigesetz vom 17. November 1975

(Loi du 17 novembre 1975 sur la police cantonale)

Im Kapitel III unter dem Titel "devoirs et droits des fonctionnaires de police envers les tiers" finden sich in den Art. 19 bis 26 die Zwangsmassnahmen der Polizei gegenüber dem einzelnen Bürger.

Gemäss Art. 20 ("droit d'identification") haben die Polizeibeamten das Recht zur Personenkontrolle. Abs. 2 gibt der Polizei die Befugnis, die angehaltene Person auf den Polizeiposten zu führen, wenn sich die Person an Ort und Stelle nicht ausweisen kann, oder wenn weitere Abklärungen notwendig erscheinen.

Art. 21 enthält die gesetzliche Grundlage für erkennungsdienstliche Massnahmen ("mesures sur la personne").

Art. 22 (3) gibt unter der Marginale "droit d'intervenir d'urgence dans un domicile" der Polizei das Recht, nötigenfalls unter Anwendung von Gewalt in ein Gebäude einzudringen, um Hilfe zu leisten, die Ordnung wieder herzustellen und den Urheber der Störung zu ergreifen, wenn im betreffenden Gebäude anscheinend ein Verbrechen, Vergehen oder eine andere schwerwiegende Störung begangen wird, oder aus dem Innern des Gebäudes um Hilfe gerufen wird.

Gemäss Art. 23 (3) haben die Polizeibeamten in Ausübung ihres Dienstes jederzeit zu allen Räumlichkeiten Zutritt, die der Öffentlichkeit zugänglich sind (Abs. 1). Abs. 2 erlaubt das Betreten privater Räume dagegen nur unter Beachtung der entsprechenden besonderen Bestimmungen der StPO.

Art. 24 erlaubt die Anwendung verhältnismässiger Gewalt, sofern kein anderes geeignetes Mittel zur Verfügung steht, das den gleichen Zweck erfüllt.

(3) Im Kanton Wallis (Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Januar 1953) finden sich in den Art. 23 und 24 ähnliche Bestimmungen.

Als äusserstes Mittel der Gewaltanwendung ist in Art. 25 die Waffengewalt vorgesehen. Die Voraussetzungen des Einsatzes der Waffe werden in Art. 23 des Reglements vom 30. Juni 1976 (4) präzisiert.

(4) Règlement du 30 juin 1976 d'application de la loi du 17 novembre 1975 sur la police cantonale

§ 32 Die vorläufige Festnahme im Kanton Wallis (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Wallis regelt die vorläufige Festnahme in Art. 68 Ziff. 1 - 3, wobei der Gesetzgeber dem Richter bei Amtsdelikten eine spezielle Befugnis zur vorläufigen Festnahme erteilt (Ziff. 1) und die übrigen berechtigten Personen in Ziffer 2 zusammenfasst.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Richter als Berechtigter (Art. 68 Ziff. 1)

Der Gesetzgeber sieht in Art. 68 Ziff. 1 eine Sonderregelung für den Richter vor: Eine Person, die sich eines Amtsdelikts schuldig macht, kann er ohne Haftbefehl festnehmen lassen, sofern das Merkmal der Ergreifung in Flagranz gegeben ist. Als Beispiel wäre hier der Fall des falschen Zeugnisses zu nennen, das vor dem Richter abgelegt wird.

B) Berechtigung für jedermann (Art. 68 Ziff. 2)

Art. 68 Ziff. 2 berechtigt "jedermann" zur vorläufigen Festnahme bei flagrantem Delikt, sofern ein Haftgrund gegeben ist, "ebenso im Falle der Entweichung" eines Täters. Der Gesetzgeber verweist hier auf die allgemeinen Haftgründe des Art. 65: Fluchtgefahr (lit. a) und Kollusionsgefahr (lit. b).

Im weiteren gibt der Gesetzgeber in Art. 68 Ziff. 3 eine Definition der Handlungen, welche als "Ergreifung auf frischer Tat" zu werten sind (2):

- Ergreifung unmittelbar bei Ausübung der Tat oder unmittelbar hinterher
- Flucht vom Tatort unmittelbar nach begangener Tat
- Antreffen einer Person mit Gegenständen, die auf die Tat hindeuten (3)

(1) Grundlage: Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962; Stand 31. Dezember 1981

(2) Eine Definition findet sich auch im Kanton Tessin und im Kanton Genf

(3) Hier sind die Fälle der Quasiflagranz angesprochen

C) Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Der Gesetzgeber spricht sowohl in Art. 68 Ziff. 1-3 als auch in Art. 65 nur ganz allgemein von "Täter" oder "strafbarer Handlung". Der Hinweis des Art. 68 auf die allgemeinen Haftgründe macht aber doch deutlich, dass er hier vor allem schwerere Delikte im Auge hatte. Dies geht aus Art. 65 lit. a hervor, wonach Fluchtgefahr vor allem dann zu erwarten sei, wenn eine "mit Zuchthaus bestrafte Tat" in Frage stehe.

II Das Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Januar 1953

Art. 8 sieht die Schaffung eines Ausführungsreglements zum vorliegenden Gesetz vor, welches unter anderem Bestimmungen betreffend Aufgabe und Organisation der Kantonspolizei sowie Bestimmungen betreffend die Befugnisse, Pflichten und Rechte der Polizeikorpsangehörigen enthält.

In Art. 1 Ziff. 1-14 des Ausführungsreglements vom 4. Juni 1969 (4) sind die Befugnisse der Kantonspolizeibeamten in ganz allgemeiner Form aufgezählt, ohne dass die Voraussetzungen und die konkrete Ausgestaltung des Vorgehens näher erläutert werden. Desgleichen findet sich in Art. 9 Abs. 2 des Ausführungsreglements eine ganz allgemein gehaltene Bestimmung betreffend den Aufgabenbereich der Sicherheitspolizei. Andere Bestimmungen zum Tätigkeitsbereich der Polizei finden sich keine im erwähnten Reglement.

Unter der Marginale "Ertappen auf frischer Tat" gibt Art. 22 des Gesetzes über die Kantonspolizei den Beamten das Recht zur Verhaftung bei Vorliegen von Gefahr im Verzug und nennt folgende notwendige spezielle Voraussetzungen, die alternativ zusätzlich erfüllt sein müssen:

- Ertappung auf frischer Tat
- Personen, die zu flüchten versuchen
- Personen, welche die Tätigkeit der Polizei hemmen durch Kollusionshandlungen

Die festgenommenen Personen sind so bald wie möglich der zuständigen Behörde zuzuführen (Abs. 2).

(4) mit welchem das Ausführungsreglement vom 21. April 1954 ausser Kraft gesetzt wurde

Art. 23 sieht unter der Marginale "Recht zum Einschreiten" das Recht der Polizei vor, in ein Haus einzudringen, um die Ordnung wieder herzustellen, wenn "aus ernsten Gründen anzunehmen ist", dass in jenem Haus "ein Vergehen oder ein Verbrechen begangen wird" oder wenn aus dem Innern des Hauses um Hilfe gerufen wird. Die Polizei hat ein Protokoll aufzunehmen und der zuständigen Behörde zu übermitteln.

Unter dem Randtitel "Hausdurchsuchung" gewährt Art. 24 den Angehörigen der Kantonspolizei das Recht, "im Interesse einer Untersuchung zu jeder Zeit Lokalitäten" zu betreten, "welche dem Publikum offenstehen". Als Beispiele solcher Lokalitäten sind "Werkstätten, Läden, Garagen und Kinos" genannt. Abs. 2 erlaubt die Durchsuchung von "Betrieben, die dem Berufsgeheimnis unterstehen", nur mit besonderer Bewilligung des Richters, "ausgenommen bei Ertappen auf frischer Tat".

Eine Befugnis zur Durchsuchung von nicht öffentlichen Räumlichkeiten, bei denen weder die Voraussetzungen von Art. 23 erfüllt sind, noch ein Fall des Ergreifens auf frischer Tat vorliegt, wird nicht erwähnt. Dies lässt darauf schliessen, dass auch in derartigen Fällen eine Durchsuchung nur mit entsprechender besonderer Ermächtigung möglich ist (5).

III Das Gesetz betreffend die Uebertretungen von Polizeivorschriften (6)

In Art. 39 Ziff. 2 findet sich die Befugnis der Polizei, einen Betrunkenen, der zum öffentlichen Aergernis wird, während der Dauer seiner Trunkenheit in Haft zu setzen. Dies entspricht dem polizeilichen Gewahrsam zum Zweck der Ausnüchterung.

Art. 48 Ziff. 2 gibt den "Behörden oder Polizeibeamten" das Recht zur sofortigen Verhaftung einer Person, die sich "auf begründete Aufforderung hin" weigert, "seinen Namen anzugeben oder die verlangte Auskunft über seine Identität zu erteilen". Auch hier muss die "Verhaftung" mit polizeilichem Gewahrsam gleichgesetzt werden. Ungenügender Ausweis oder mangelnde Auskunft über die Personalien können für sich allein noch keinen Grund für eine Verhaftung im eigentlichen Sinne darstellen.

(5) ähnliche Bestimmungen in Art. 22 und 23 des "Loi sur la police cantonale" vom 17. November 1975 des Kantons Wallis

(6) angenommen vom Grossen Rat des Kantons Wallis am 8. Februar 1944

§ 33 Die vorläufige Festnahme im Kanton Neuenburg (1)

A) Die Bestimmung des Art. 117

Art. 117 Abs. 1 gewährt dem "juge d'instruction" das Recht zur "arrestation" bei ernsthaftem Verdacht ("présomptions sérieuses") unter der Voraussetzung von Fluchtgefahr ("prendre la fuite"), Kollusionsgefahr ("compromettre le résultat de l'information") oder Fortsetzungsgefahr ("poursuivre son activité délictueuse").

Auch nach der partiellen Revision der Strafprozessordnung vom 21. Juni 1977 wurde Art. 117 Abs. 1 in der vorliegenden Fassung beibehalten.

B) Die Bestimmung des Art. 118

Gemäss Art. 118 Abs. 1 ist jede Person, die in Flagranz ertappt wurde oder von der "police judiciaire" ohne Haftbefehl festgenommen wurde, innerhalb von 24 Stunden vor den "juge d'instruction" zu führen, der dann über das weitere Vorgehen entscheidet. Unter gewissen Bedingungen ist eine Verlängerung der 24 Stunden möglich (Abs. 2)(2).

Abs. 3 verweist auf Art. 217, der besondere Fälle von Rechtsverletzungen regelt. Auch in diesen speziellen Fällen soll die vorläufige Festnahme unter der Voraussetzung des flagranten Delikts möglich sein. Dabei ist der Festgenommene unverzüglich ("immédiatement") dem "président du tribunal de police" zuzuführen, der dann den Zugeführten einzuvernehmen hat (Art. 217 Abs. 1).

(1) Grundlagen: Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945; Loi portant révision du Code de procédure pénale neuchâtelois du 21 juin 1977

(2) vgl. vorne S. 74

§ 34 Die vorläufige Festnahme im Kanton Genf (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Genf regelt die vorläufige Festnahme in den Artikeln 121 ff. unter dem Titel "Flagrant délit".

Art. 122 Abs. 1 sieht in erster Linie Polizeibeamte als Berechtigte vor, gesteht aber unter gegebenen Umständen ohne weiteres auch Privatpersonen, die Zeuge des flagranten Delikts werden, das gleiche Recht zu ("toute personne présenté a le même droit").

Auffallend ist, dass der Kanton Genf auch die Polizei nur unter sehr beschränkten Bedingungen zur vorläufigen Festnahme berechtigen will (2): Auch die Polizei soll nur unter absolut zweifelsfreien Voraussetzungen, wo der Täter ohne Zweifel feststeht, zur Festnahme befugt sein. Diese Lösung findet sich in den meisten Kantonen nur für die Festnahme durch Privatpersonen. Dadurch, dass der Gesetzgeber die Festnahme unter blossen Tatverdacht ausschliesst (3), will er einen besonders weitgehenden Schutz des Einzelnen anstreben.

In Art. 121 Abs. 1 findet sich eine Umschreibung der Flagranz: "l'infraction qui est en train de se commettre". Dabei ist zu beachten, dass "l'infraction" nicht nur "Uebertretungen" im wörtlichen Sinne meint, sondern hier ganz allgemein jedes Delikt im Sinne einer Rechtsverletzung darunter fällt (4). Mit der Ergreifung auf frischer Tat gleichzustellen sind gemäss Art. 121 Abs. 2 die Fälle der Quasiflagranz: "l'auteur ou le complice présumés de l'infraction sont poursuivis par la clameur publique ou sont trouvés, dans un temps voisin l'infraction, en possession d'armes, d'instruments, d'effets ou de tous objets faisant présumer qu'ils ont participé ...". Gemäss Poncet (5) ist hier besonderes Gewicht darauf zu legen, dass die Festnahme des Betreffenden zeitlich noch in Handlungszusammenhang steht mit seiner Enttappung bei der Ausübung des Delikts.

(1) Grundlage: Code de procédure pénale du 29 septembre 1977

(2) Im Kanton Freiburg (Art. 1 und 2) findet sich eine ähnliche Regelung

(3) "présomés de l'infraction" des Art. 121 Abs. 2 darf nicht gleichgesetzt werden mit der Voraussetzung des blossen Tatverdachts

(4) so zutreffenderweise Poncet, Kommentar zu Art. 121

(5) Kommentar zu Art. 122; Poncet fordert, dass die vorläufige Festnahme "sans délai, et non pas par exemple plusieurs jours plus tard" vorzunehmen sei.

§ 35 Die vorläufige Festnahme im Kanton Jura (1)

Die Strafprozessordnung des Kantons Jura regelt die vorläufige Festnahme unter dem Titel "Droit d'appréhender" bzw. "Appréhension" in den Artikeln 69 ff.

Der Gesetzgeber hat wörtlich die Regelung des Kantons Bern übernommen und verweist sogar durch Klammernangaben der entsprechenden Artikel der Berner Strafprozessordnung auf die bernische Regelung im Gesetz vom 20. Mai 1928 (2).

Da im übrigen der französische Text der jurassischen Strafprozessordnung eine wörtliche Uebersetzung der bernischen Regelung darstellt, kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zum Kanton Bern (3) verwiesen werden.

(1) Grundlage: Code de procédure pénale du canton du Jura du 9 novembre 1978

(2) Demgemäss entspricht Art. 69 Jura dem Art. 72 Bern, Art. 70 Jura dem Art. 73 Bern, Art. 71 Jura dem Art. 74 Bern etc.

(3) vgl. vorne, S. 81 ff.

§ 36 Die vorläufige Festnahme gemäss Bundesstrafprozess (1)

Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege regelt die vorläufige Festnahme im Kapitel "Untersuchungs- und Sicherheitshaft" in den Artikeln 62 und 63, wobei für Polizeibeamte und Privatpersonen unterschiedliche Voraussetzungen vorgesehen sind.

I Die Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme

A) Polizeibeamte als Berechtigte (Art. 62)

Art. 62 Abs. 1 berechtigt die Beamten und Angestellten der gerichtlichen Polizei zur vorläufigen Festnahme "eines Verdächtigen" unter der Voraussetzung der Gefahr im Verzug. Mit der Formulierung "Verdächtiger" stellt der Gesetzgeber scheinbar ab auf blossen Tatverdacht und fordert kein qualifiziertes Merkmal wie etwa dringenden Tatverdacht. Gemäss Jescheck/Krümpelmann (2) sollen hier jedoch dieselben Voraussetzungen gelten, wie sie auch für die allgemeine Verhaftung notwendig sind. Gemäss Stämpfli (3) soll die vorläufige Festnahme bloss "zur Herbeiführung eines förmlichen Haftbefehls" angeordnet werden, wobei die Voraussetzungen der Flagranz und Quasiflagranz einerseits oder Tatverdacht bei Vorliegen von unmittelbarer Fluchtgefahr oder unmittelbarer Kollusionsgefahr andererseits vorliegen müssen.

B) Privatpersonen als Berechtigte (Art. 63)

Art. 63 ermächtigt neben Polizeibeamten auch Privatpersonen zur Festnahme mit der allgemeinen Umschreibung "wer ..., ist berechtigt".

Die Voraussetzungen der privaten Festnahme im einzelnen sind gemäss Art. 63 Abs. 1:

- Aufforderung durch die Polizei zur Mithilfe bei Widersetzung des Festzunehmenden (4)

(1) Grundlage: BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934

(2) U-haft nach deutschem, ausl. und int. Recht, S. 647

(3) Kommentar zu Art. 62

(4) Stämpfli, Komm. zu Art. 63, nennt dies "Nothilfe", wobei er die Nothilfe lediglich als Recht, nicht aber als Pflicht zur Beistandsleistung erachtet

- Ergreifung des Täters auf frischer Tat oder unmittelbar nachher

Damit geht auch hier der Gesetzgeber wie in den meisten Kantonen davon aus, dass die private Festnahme immer nur in Fällen erlaubt sein soll, in denen die Täterschaft zweifelsfrei feststeht.

II Vorläufige Festnahme und Art des Delikts

Die Frage der Deliktsart spielt im Bundesstrafprozess eine weniger grosse Rolle als in den kantonalen Gesetzen. Bundesgerichtsbarkeit ist immer nur in den Fällen gegeben, die an sich schon in bestimmter Weise qualifiziert sind (5).

Gehen wir für die polizeiliche Festnahme aus von Bestimmungen über die allgemeinen Haftvoraussetzungen des Art. 44, kommen wir zum Schluss, dass - wie bei der Verhaftung - nur bei Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens eine vorläufige Festnahme gerechtfertigt ist, bei Uebertretungen diese Berechtigung aber entfällt (6).

Für die private Festnahme muss dasselbe gelten: Gemäss Art. 63 Abs. 1 ist die private Festnahme nur erlaubt bei Verbrechen und Vergehen.

Im Falle der Mithilfe an die Polizei bei Verhaftung bzw. Festnahme des Betreffenden macht der Gesetzgeber keine ausdrückliche Aussage bezüglich der Art des Delikts, verweist jedoch indirekt auf die Voraussetzungen und Bestimmungen der polizeilichen Festnahme. Für die hilfeleistende Privatperson spielt die Frage der Berechtigung zur Festnahme hier keine Rolle, da es sich dabei primär um ein Problem der polizeilichen Festnahme handelt.

(5) Ausnahme bilden Uebertretungstatbestände gemäss Art. 329 - 331 StGB; Art. 7 BStP stellt einen allgemeinen Hinweis bzgl. des Zuständigkeitsbereiches auf.

(6) so ausdrücklich Stämpfli, Kommentar zu Art. 62 und 63

Anhang: Antrag der Justizdirektion des Kantons Zürich vom
21. Februar 1983 zur Schaffung einer neuen Zürcher StPO

Die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme finden sich im 5. Abschnitt mit dem Titel "Festnahme und Polizeihaft" in den §§ 106 - 110.

A) Die polizeiliche Festnahme gemäss den §§ 106 ff.

Bei Vorliegen folgender Voraussetzungen ist die Polizei zur Festnahme verpflichtet (§ 106 Abs. 1):

- Eine Person verübt "in seiner Gegenwart ein Verbrechen oder Vergehen" (lit. a)
- Eine Person wird "unmittelbar nach einer solchen Tat betroffen" (lit. b)
- Eine Person wird mit Gegenständen betroffen, "welche auf die erfolgte Begehung eines Verbrechens oder Vergehens hinweisen" (lit. c)
- Eine Person wird "in glaubhafter Weise als Täter eines Verbrechens oder Vergehens bezeichnet" und die Identität dieser Person ist unbekannt (lit. d)

Die genannten Fälle von § 106 Abs. 1 betreffen Flagranz und Quasiflagranz. Die einzelnen Elemente der Flagranz bzw. Quasiflagranz (1) werden in differenzierter Weise aufgezählt, während in der geltenden StPO lediglich die Voraussetzungen von lit. a ("in seiner Gegenwart verübt hat") ausdrücklich erwähnt ist. •

Abs.2 gibt der Polizei eine weitere Kompetenz zur Festnahme: "In den übrigen Fällen ist ein Polizeibeamter berechtigt, eine Person festzunehmen, wenn sie eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ein Haftgrund (§§ 113 - 116) besteht".

Auffallend ist, dass Abs. 2 ausdrücklich von "berechtigt" spricht, während

(1) vorne, S. 20 ff.

Abs. 1 die Polizeibeamten zur Festnahme verpflichtet. Dies bedeutet, dass die Polizei in den Fällen von Abs. 1 in jedem Fall zur Festnahme verpflichtet ist, sobald die erwähnten Voraussetzungen vorliegen, während die Festnahme gemäss Abs. 2 trotz gegebener Voraussetzungen dem Ermessensentscheid des betreffenden Polizeibeamten unterliegt.

Abs. 2 stellt ab auf die Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts bei Vorliegen eines Haftgrundes und entspricht somit § 68 Ziff. 2 der geltenden StPO. Während sich in § 68 Ziff. 2 der dringende Tatverdacht ausdrücklich auf "eigene unmittelbare Wahrnehmungen" des festnehmenden Polizeibeamten oder auf entsprechende "Mitteilung glaubwürdiger Personen" stützen muss, schweigt sich der Gesetzgeber darüber aus, worauf der dringende Tatverdacht beruhen muss. Meines Erachtens erübrigt sich hier eine differenzierte Darstellung im Sinne von § 68, da ein Vorgang nur entweder durch eigene Wahrnehmungen der Polizei selbst oder durch Wahrnehmungen Dritter unter nachfolgender Mitteilung der Polizei zur Kenntnis gelangen kann. Die ausführliche Regelung des § 68 der geltenden StPO wurde wohl nur deshalb gewählt, um ausdrücklich zu betonen, dass auch Mitteilungen durch Drittpersonen als Grundlage für eine Festnahme genügen können.

Das Element der "Mitteilung glaubwürdiger Personen" findet sich neu in Abs. 1 lit. d, wo die Voraussetzung "die in glaubhafter Weise als Täter bezeichnet wird" aufgeführt ist.

§ 106 Abs. 2 verweist auf die Haftgründe gemäss den §§ 113 - 116:

- Fluchtgefahr (§ 113)
- Verdunkelungsgefahr (§ 114)
- Wiederholungs- und Ausführungsgefahr (§ 115), welche als Gefahr, dass "aufgrund bestimmter Anhaltspunkte zu befürchten ist, der Beschuldigte werde die Tat wiederholen oder eine von ihm angedrohte Tat ausführen", und "dadurch die Sicherheit anderer in so schwerer Weise gefährdet" ist, "dass seine Inhaftierung erforderlich" wird.
- Untersuchungs- und Sicherheitshaft (§ 116), welche verhängt werden kann, "wenn die angedrohte gesetzliche Höchststrafe der dem Beschuldigten zur Last gelegten schwersten Tat fünf Jahre übersteigt oder eine freiheitsentziehende Massnahme gemäss Art. 42 Ziff. 1 oder Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Aussicht steht".

Während sich die Haftgründe der Flucht- und Verdunkelungsgefahr schon in der geltenden StPO (§ 49 lit. a und b) finden, wurden die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr neu in den Entwurf aufgenommen. Neu ist auch die sich in § 116 findende ausdrückliche Bestimmung bezüglich der Verhängung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft. In der Weisung wird deutlich gemacht, dass der Gedanke des "präventiven Schutzes von Rechtsgütern" die Einführung der beiden neuen Haftgründe bewirkt hat: Es sei nicht zu verantworten, einen Straftäter mangels anderer Haftgründe auf freiem Fuss zu belassen, wenn dringend zu befürchten sei, er werde alsbald erneut delinquieren. Sowohl bei der Wiederholungsgefahr wie auch bei der Ausführungsgefahr sei für die Anordnung der Haft vorauszusetzen, dass die Sicherheit individueller oder allgemeiner Rechtsgüter ernsthaft gefährdet sei. Zudem dürfe diese Gefahr "in keiner anderen Weise als durch die Inhaftierung abgewendet werden können, z.B. nicht mit Hilfe einer Friedensbürgschaft, durch vormundschaftliche Massnahmen oder durch Weisung zur psychiatrischen Behandlung". Die Beschränkung auf den "Beschuldigten" stelle klar, dass auch im Falle der angedrohten Tat die Inhaftierung ein bereits begangenes Delikt voraussetzt, "wie z.B. die Drohung nach Art. 180 StGB oder eine bereits strafbare Vorbereitungshandlung". (2)

Gemäss § 107 ist "die festgenommene Person ohne Verzug zu befragen". Im Anschluss an die Befragung ist die Person entweder sofort zu entlassen oder, falls "nach durchgeführter Befragung ein Haftgrund besteht", in Polizeihaft zu setzen.

Unter der Marginalie "Dauer der Polizeihaft" fordert § 108, die Polizeihaft sei nur solange aufrecht zu erhalten "als nach Massgabe ihrer (der Polizei) Abklärungen weiterhin ein Haftgrund besteht"; der Festgenommene müsse aber "spätestens 24 Stunden nach der Festnahme" entlassen oder dem Untersuchungsrichter zugeführt werden. Damit ist für die Polizeihaft eine Höchstdauer von 24 Stunden vorgesehen. Auch hier muss wohl davon ausgegangen werden, dass diese Höchstdauer nur nötigenfalls ausgenützt werden darf. Der Inhaftierte ist nach Möglichkeit früher freizulassen oder andernfalls dem Untersuchungsrichter zuzuführen.

(2) Weisung S. 57 f.

Gemäss § 108 Abs. 2 berechnet sich diese Frist für Personen, die ausserhalb des Kantons festgenommen werden, von dem Zeitpunkt an, in welchem der Betroffene "einer zürcherischen Polizeistelle übergeben wird". Im Einzelfall kann es somit vorkommen, dass eine Person, die ausserhalb des Kantonsgebietes festgenommen wird, länger als 24 Stunden in Polizeihaft verbleiben muss.

Mit den §§ 107 und 108 gibt der Gesetzgeber der Polizei ausdrücklich die Berechtigung zur Befragung der festgenommenen Person und zur Vornahme von Abklärungen bezüglich des Haftgrundes. Darin enthalten ist ebenfalls die Befugnis der Polizei, den Festgenommenen in eigener Kompetenz wieder freizulassen, falls sich die Gründe, die zur Festnahme führten, nicht er Härten. In der geltenden StPO findet sich keine Bestimmung, die diese Kompetenz der Polizei ausdrücklich vorsieht, ein Umstand, der immer wieder zu Unsicherheiten führt und zu Fragen Anlass gibt.

B) Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen (§§ 109 und 110)

Privatpersonen sind unter folgenden Voraussetzungen zur vorläufigen Festnahme berechtigt (§ 109):

- Eine Person wird "bei der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens oder unmittelbar hernach angetroffen" (lit. a)
- Eine Person wird "später wieder erkannt" (lit. b)
- bei öffentlicher Aufforderung zur Mitwirkung bei der Ergreifung einer Person (lit. c)

Damit steht die Berechtigung für Privatpersonen auf der Grundlage von Flagranz bzw. Quasiflagranz einerseits und öffentlicher Aufforderung zur Mitwirkung bei einer Verfolgung andererseits. Die besondere Rechtsgrundlage für Aufrufe an die Öffentlichkeit zur Mithilfe bei der Strafverfolgung findet sich in § 143 (3), wobei dieser Schritt an die Öffentlichkeit auf "schwere Verbrechen oder Vergehen" zu beschränken ist: "Bei schweren Verbrechen oder Vergehen können die Organe der Strafrechtspflege die Öffentlichkeit durch Druckerzeugnisse, Radio, Fernsehen, oder andere geeignete Mittel auffordern, bei der Fahndung, bei der Ergreifung dringend

(3) Bisher stützte sich die öffentliche Aufforderung zur Mithilfe auf § 34 der StPO, vgl. Weisung S. 65

verdächtigter Personen oder bei der Suche nach Beweismitteln mitzuhelfen (§ 143).

Interessant ist die Formulierung des § 109 "sofern nach den gegebenen Umständen polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, sind Privatpersonen berechtigt ...". Damit betont der Gesetzgeber den subsidiären Charakter der privaten Festnahme. Die Festnahme durch Privatpersonen soll nur dort zulässig sein, wo polizeilicher Einsatz aus Dringlichkeitsgründen nicht möglich ist bzw. wo nicht abgewartet werden kann, bis die Polizei zur Stelle ist.

Gemäss § 110 sind die Privatpersonen verpflichtet, "den von ihnen Festgenommenen so rasch wie möglich der Polizei zu übergeben", welche dann nach § 107 (sofortige Befragung und anschliessende Freilassung oder Verhängung von Polizeihaft) vorzugehen hat.

Eine derartige Bestimmung fehlt in der geltenden StPO. Man ist stillschweigend davon ausgegangen, dass die von Privatpersonen festgenommenen Personen umgehend der Polizei zu übergeben seien. § 72 der StPO erweckt den Eindruck, die Polizei habe den von Privaten Festgenommenen ohne nähere Abklärungen bezüglich der Berechtigung zur Festnahme, dem Vorliegen von Haftgründen etc. bei sich in Verwahrung zu nehmen (4). In der neuen Bestimmung wird mit dem klaren Hinweis auf § 107 deutlich gemacht, dass die Polizei auch bezüglich eines von Privaten Festgenommenen den Betroffenen zu befragen und dann über Freilassung oder Verhängung von Polizeihaft zu entscheiden hat.

C) Zeitpunkt der Einvernahme durch den Untersuchungsrichter

§ 122 fordert, die Einvernahme durch die Untersuchungsbehörde sei "unverzüglich, jedenfalls innerhalb von 24 Stunden seit der Zuführung" durchzuführen. Somit darf zwischen der Festnahme und der Einvernahme durch die Untersuchungsbehörde eine Frist von höchstens 48 Stunden (5) verstreichen. § 73 der geltenden StPO fordert die sofortige Ueberführung, "jedemfalls

(4) "ohne Untersuchung der Sache bei sich in Verwahrung zu nehmen" (§ 72), vgl. dazu meine Ausf. S. 18 und 23 f.

(5) 24 Stunden als maximale Dauer der Polizeihaft gemäss § 108 und 24 Stunden als Höchstdauer zwischen Zuführung vor die Untersuchungsbehörde und Einvernahme durch den Untersuchungsbeamten gemäss § 122

innerhalb von 24 Stunden" vor den zuständigen Untersuchungsbeamten, welcher dann die Einvernahme durchzuführen hat. Ueber die Höchstdauer zwischen Zuführung und Einvernahme sagt die Bestimmung nichts aus, in der Praxis wird jedoch stillschweigend angenommen, die Einvernahme habe umgehend nach der Zuführung zu geschehen.

D) Hausdurchsuchung und vorläufige Festnahme

Die Vorlage übernimmt inhaltlich die Regelung der geltenden StPO: Hausdurchsuchungen zum Zweck der vorläufigen Festnahme sind ohne entsprechenden Hausdurchsuchungsbefehl möglich; in derartigen dringlichen Fällen ist die schriftliche Anordnung der Hausdurchsuchung nachzuholen (§ 152 Abs. 3 des Entwurfs).

Ausdrücklich vorgesehen ist auch die Möglichkeit, dass die Polizei in dringlichen Fällen in eigener Kompetenz eine Hausdurchsuchung anordnen kann (§ 153).

Neu ist die Bestimmung des § 155 Abs. 2, wonach in dringlichen Fällen auf den Beizug einer Drittperson während der Durchführung der Hausdurchsuchung verzichtet werden darf.

E) Erkennungsdienstliche Behandlung (6)

Die erkennungsdienstliche Behandlung durch die Polizei ist in der geltenden StPO nicht geregelt, sondern findet sich lediglich in der Verordnung über die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen vom 22. Dezember 1960. In der neuen StPO soll nun endlich diesbezüglich eine adäquate Gesetzesgrundlage geschaffen werden (§§ 159 f.). Dies rechtfertigt sich schon aufgrund der zunehmenden prozessualen Bedeutung der erkennungsdienstlichen Behandlung.

§ 159 Abs. 1 sieht vor, dass "jedermann" auf entsprechende Anordnung der Strafverfolgungsorgane hin erkennungsdienstlich behandelt werden darf, "wenn dies zur Abklärung eines Verbrechens oder Vergehens erforderlich

(6) Weisung S. 70 ff.

ist". Die erkennungsdienstliche Behandlung beschränkt sich somit nicht nur auf Tatverdächtige und Beschuldigte etc.

Gemäss § 160 sind die "Unterlagen und Registraturhinweise zu vernichten", sofern die erkennungsdienstlich behandelte Person "als Täter nicht in Frage kommt".

Die verschiedenen erkennungsdienstlichen Massnahmen sind in § 159 Abs. 2 aufgezählt. Es sind die gleichen Massnahmen, wie sie sich in der vom Volk abgelehnten Vorlage des Regierungsrates vom 23. Dezember 1981 für ein Zürcher Polizeigesetz fanden (7).

F) Die vorläufige Festnahme bei Uebertretungen

Gemäss § 291 ist "eine Freiheitsentziehung nur in der Form der Festnahme nach den Bestimmungen der §§ 106 und 109 lit. a zulässig und nur unter der Voraussetzung, dass die Identität der verfolgten Person nicht feststeht oder die Umstände die sofortige Befragung erfordern; die festgenommene Person ist ohne Verzug einzuvernehmen und hernach zu entlassen".

Wichtigstes Merkmal bildet die Tatsache, dass bei Vorliegen von Uebertretungen Polizeihaft auf jeden Fall ausgeschlossen ist. Die festgenommene Person muss unverzüglich von der Polizei befragt und nach der Einvernahme entlassen werden.

Auffallend ist, dass der Gesetzgeber mit dem Hinweis auf § 109 ausdrücklich auch Privatpersonen zur Festnahme berechtigen will, während in der geltenden StPO die Festnahme von Uebertretungstätern auf Polizeibeamte beschränkt bleibt (§ 68 mit Hinweis auf § 339 StPO).

Die Voraussetzungen, unter denen eine Festnahme von Uebertretungstätern überhaupt zugelassen ist, sind sehr eng gefasst: Unbekannte Identität der verfolgten Person bzw. Notwendigkeit einer sofortigen Befragung, wobei sich der Gesetzgeber darüber ausschweigt, wann eine derartige Notwendigkeit gegeben ist.

§ 292 sieht unter der Marginalie "Verpflichtung zur Sicherheitsleistung" die Möglichkeit vor, Personen, "die sich über ihre Identität nicht ausweisen können, die in der Schweiz keinen festen Wohnsitz haben oder sich nicht während längerer Zeit an einem bestimmten Ort in der Schweiz aufhalten zu verpflichten, "eine Sicherheit in der voraussichtlichen Höhe von Busse und Kosten" zu leisten (Abs. 1). Leistet die Person die Sicherheit nicht, können "soweit nötig", Vermögenswerte beschlagnahmt werden (Abs. 2).

Im Vergleich mit der geltenden Regelung (§ 339 StPO) fällt auf, dass der Gesetzgeber in der neuen Fassung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips der Geringfügigkeit des Delikts bei einer Uebertretung besser Rechnung trägt: Während § 339 Abs. 1 auch hier die Möglichkeit des Verhaftes vorsieht, ist eine Haft gemäss § 291 des Entwurfes nicht mehr möglich. Die Kriterien, die gemäss § 339 Voraussetzungen einer Festnahme von Uebertretungstätern bilden (8), sind nach der neuen Vorlage nur noch Voraussetzung einer möglichen Leistung von Sicherheiten, können aber keine Festnahme mehr begründen. Fehlende Sicherheitsleistung kann nach der neuen Regelung nur noch zur Beschlagnahme von Vermögenswerten führen, nicht mehr zur Festnahme.

Das Kriterium des fehlenden festen Wohnsitzes im Kanton wurde, den heutigen Verhältnissen Rechnung tragend, etwas weiter gefasst, indem neu der fehlende feste Wohnsitz in der Schweiz massgebend ist (9). Ueberdies berücksichtigt die Formulierung des "längeren Aufenthaltes an einem bestimmten Ort in der Schweiz" auch die Situation der Ausländer.

(8) Fehlender fester Wohnsitz und ungenügende Angabe der Personalien

(9) Wie dies in allen neueren Strafprozessordnungen der Fall ist

G) Schlussbemerkungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der neuen Regelung versucht wurde, die Bestimmungen klar und so differenziert wie notwendig darzustellen; auf der andern Seite wurden überflüssige Ergänzungen weglassen. Die Kompetenzen und Aufgaben der Polizei hat der Gesetzgeber besonders berücksichtigt. Zahlreiche Lücken in der geltenden Strafprozessordnung, welche in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten führten, wurden geschlossen.

Gleich wie bei den Arbeiten für ein Polizeigesetz (10) hat sich der Kanton Zürich auch bei den Bemühungen um eine Totalrevision der Strafprozessordnung einen Leerlauf geleistet. Am 29. Januar 1986 beschloss der Regierungsrat, auf die Vorlage der Experten nicht einzutreten. Ausschlaggebend sollen politische Widerstände gewesen sein.

(10) Vorne S. 65

L e b e n s l a u f

Am 29. Oktober 1954 wurde ich in Wattwil SG geboren. Ich besuchte die Schulen der Region und schloss das Gymnasium im Jahre 1974 mit der Matura Typus W ab. Im Wintersemester 1974/75 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Februar 1980 das Lizentiat der Rechtswissenschaft erwarb. Nach Auditoraten bei der Bezirksanwaltschaft und beim Bezirksgericht Zürich widmete ich mich ganz der vorliegenden Arbeit. Im Februar 1986 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

